



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JAIANE CAVALCANTE DANTAS MOREIRA

O CARÁTER IRREVOGÁVEL DA ADOÇÃO E O PARENTESCO
AFETIVO

SOUSA - PB
2007

JAIANE CAVALCANTE DANTAS MOREIRA

O CARÁTER IRREVOGÁVEL DA ADOÇÃO E O PARENTESCO
AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

SOUSA - PB
2007

Jaiane Cavalcante Dantas Moreira

O CARÁTER IRREVOGÁVEL DA ADOÇÃO E O PARENTESCO AFETIVO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: de de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Esp. Maria do Carmo Élide D. Pereira
Professora Orientadora

Prof. Esp. Monizzia Pereira Nóbrega
Professor(a)

Prof. Paulo Abrantes
Professor(a)

Dedico este trabalho aos meus pais, que são maravilhosos. Aos meus avós Adezilva Almeida (*in memorian*), Mãe Eliete (*in memorian*) e a vovó Severina. Em especial a Rykele, o amor da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por seu amor grandioso.

Aos meus pais, por tudo que me proporcionaram para chegar a esse momento.

A minha amada irmã Gerda, Tia Edna, Tio Edval.

Aos meus amigos de sala em especial, Amanda Karla, Cleide, Catiana, Mary, Luiz Carlos, Giliard entre outros.

E ao professor Admilson que orientou este trabalho.

“Ah! Eu muito,
Até saíres da penosa infância,
Sofri contigo, e trabalhei bastante,
na doce esperança de um dia,
já que irados os Deuses me negavam
sucessão, adotando-te como filho,
meu amparo, e meu consolo, tu serias.”

(Homero, no canto IX da Ilíada)

RESUMO

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Nesse sentido o artigo 227 da Constituição Federal defende o direito a convivência familiar e comunitária e em decorrência desse dispositivo constitucional o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente salienta que toda criança e adolescente devem ser criados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta. A família substituta pode ser constituída de três maneiras: guarda, tutela e adoção. Este trabalho tem por objetivo mostrar o caráter irrevogável da adoção, bem como reconhecer o vínculo que se cria nas relações de parentesco afetivo. Dessa maneira a pesquisa científica intitula-se: O caráter irrevogável da adoção e o parentesco afetivo. Para a sua realização foram utilizados os métodos histórico-evolutivo e exegético-jurídico, mediante o emprego da doutrina, legislação e artigos da internet.

Palavras-chave: família. adoção. parentesco afetivo.

ABSTRACT

The family is the first social agent of the human being. In this direction article 227 of the Federal Constitution defends the right communitarianly the familiar convivência and in result of this constitutional device article 19 of the Statute of the Child and the salient Adolescent who all child and adolescent must be created in the seio of its family and, bonanza, in substitute family. The substitute family can be constituted in three ways: she keeps, guardianship and adoption. This work has for objective to show the irrevocable character of the adoption, as well as recognizing ties it that it is created in the affective blood relations. In this way the scientific research is called: The irrevocable character of the adoption and the affective kinship. For its accomplishment the methods had been used historical - evolutivo and sintetic-right, by means of the job of the doctrine, legislation and articles of the InterNet.

Word-key: family. adoption. affective kinship.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| CAPITULO 1 A FAMÍLIA E AS RELAÇÕES DE PARENTESCO | 12 |
| 1.1 A evolução da instituição familiar | 12 |
| 1.2 As relações de parentesco no Direito Civil | 17 |
| 1.2.1 Espécies de parentesco | 18 |
| 1.2.2 Contagem de graus | 19 |
| 1.3 As formas de família substituta | 20 |
| CAPITULO 2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO | 23 |
| 2.1 O parentesco civil na adoção | 23 |
| 2.2 A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente | 25 |
| 2.3 A irrevogabilidade da adoção | 29 |
| 2.4 Os efeitos jurídicos no parentesco civil | 30 |
| CAPITULO 3. O PARENTESCO AFETIVO E ADOÇÃO | 33 |
| 3.1 A convivência familiar e a afetividade | 33 |
| 3.2 O preconceito social na adoção | 35 |
| 3.3 Os aspectos jurídicos das relações familiares além da adoção | 37 |
| 3.4 O impacto da convivência familiar para a adoção por afetividade | 40 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 45 |
| REFERÊNCIAS | 48 |

INTRODUÇÃO

A família é constituída por pessoas ligadas em uma relação conjugal ou de parentesco, ou seja, conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.

Para o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade de uma criança, é necessário amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.

A ausência de família, a carência de amor e de afeto comprometem o desenvolvimento da criança e do adolescente. A família é, portanto, o agente socializador por excelência do ser humano.

O artigo 227 da Carta Magna considerou o direito a convivência familiar e comunitária um direito fundamental da criança e do adolescente. O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou o mandamento constitucional determinando que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, seja ela biológica ou substituta. Esse direito é personalíssimo, intransferível, inalienável e imprescritível.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 28 prevê três formas de colocação de criança e de adolescente em família substituta: guarda, tutela e adoção. A adoção e seu caráter irrevogável será um dos principais focos desse

trabalho, inserida como a forma mais definitiva e radical de colocação em família substituta.

Através da adoção é formada uma nova família, uma vez que, quem adota, confere à criança ou adolescente o *status* de filho, como todas as conseqüências jurídicas e psicossociais que tal situação acarreta.

Na sociedade é possível encontrar casos de famílias que cuidam de crianças ou adolescentes como se esses seus filhos fossem, mas que não seguem os dispositivos legais. Essas relações preenchem os requisitos morais e de fato que a legislação exige, contudo pecam por não estarem legalizadas formalmente. Assim sendo esta pesquisa discorrerá sobre o parentesco afetivo no qual é construído a partir da convivência e que não vem explicitamente no ordenamento jurídico, mas que produz certos efeitos nessa área.

O processo de elaboração da pesquisa será feito mediante informações doutrinárias, consultas à jurisprudência, à legislações e a artigos oriundos da internet, utilizando-se do método exegético-jurídico para análise interpretativa dos objetivos e das conseqüências do emprego do instituto da adoção e do parentesco afetivo na legislação brasileira. Outrossim, será aplicado o método histórico-evolutivo para apontar a evolução da instituição familiar no decorrer da história.

Neste orla, o primeiro capítulo irá tratar, de forma sucinta, a evolução da instituição familiar até chegar aos nossos dias, ou melhor, dizendo até a Constituição Federal de 1988. Será possível encontrar também certas considerações sobre as relações de parentesco no Direito Civil e as formas de família substituta que estão previstas tacitamente na Constituição Federal e segue expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo capítulo disporá sobre o vínculo criado com a adoção, ou seja, seu parentesco civil e a forma como esse instituto é tratado à luz do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A irrevogabilidade da adoção e os efeitos jurídicos no parentesco civil também serão tratados nesse capítulo.

O último capítulo por sua vez, enfocará o parentesco afetivo como impacto que possibilita a adoção bem como a convivência familiar e a afetividade. Será possível encontrar ainda o preconceito na adoção e os aspectos jurídicos nas relações familiares para além da adoção.

CAPITULO 1 A FAMÍLIA E AS RELAÇÕES DE PARENTESCO

Constituída com base nas relações de parentesco e historicamente determinadas, a família inclui-se entre as instituições sociais básicas. A família é o elemento-chave não apenas para a "sobrevivência" dos indivíduos, mas também para a proteção e a socialização de seus componentes, transmissão do capital cultural, do capital econômico e da propriedade do grupo, bem como das relações de gênero e de solidariedade entre gerações. O Direito tem tentado acompanhar cada detalhe desse instituto mesmo sendo complexo, pois trata de certa forma de um direito muito subjetivo, onde o afeto e o amor estão presentes em quase todos os seus seguimentos.

1.1 A evolução da instituição familiar

Antes de comentar a breve história da família é importante saber sua definição já que o Código Civil não se preocupa em tratar. Família é um grupo social onde seus membros têm como ligação a relação conjugal ou de parentesco. Necessário se faz dizer que esse grupo social restrito possui parentescos que não integram a aceção estrita do termo "família". No entanto, mais criterioso seria relatar que o conceito de família possui caráter direcional, isto é, todos os indivíduos pertencentes a esse grupo têm uma mesma direção e vivem sob a mesma economia.

A definição da família que é subtendida na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, é de um núcleo que possui laços sanguíneos formados através do casamento ou da união estável, sendo a família o local em que os parentes, indivíduos, pessoas encontram apoio e sentem-se protegidos, por saberem que a entidade familiar, na maioria das vezes, oferecer-lhe-á amor, fraternidade, carinho e compreensão.

Ainda sobre a definição da família, Silvio Rodrigues (2004, p. 4) expõe que de forma ampla:

[...] poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos.

Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau.

A origem da família é, tanto de afeto, quanto de laços sanguíneos, já que a mesma sofreu mudanças impostas pela necessidade, pela época, pelos costumes e pelo próprio direito.

Sobre o início da família não se pode afirmar com certeza quando se originaram os primeiros atos que a configuraram. Existem diversas teorias que mesmo sendo imprecisas tentam definir quando apareceram os primeiros sinais de formação da entidade familiar.

Acerca das teorias sobre a configuração da entidade familiar na época primitiva, predominam duas: a teoria matriarcal e a teoria patriarcal. Na fase matriarcal, a mulher era o centro da sociedade tribal sendo, muitas vezes, a paternidade desconhecida em razão da promiscuidade sexual. A figura materna não

sabia ou não tinha certeza, em muitos casos, quem da tribo era o pai de seus filhos. Desse modo, a responsabilidade da filiação era da mulher. O homem, aqui compreendido como pai ou marido era subordinado à matriarca e, em muitos casos, era desconhecida a situação paternal do mesmo com relação aos seus descendentes.

Na fase patriarcal, já se pode perceber a clara divisão de trabalho entre os sexos, ficando a cargo do homem a incumbência de trazer alimentos para o lar, tornando-o dono dos instrumentos utilizados para a obtenção dessa alimentação. Com o aumento de bens, começa o homem a tomar o espaço, posteriormente regido pela matriarca e, a filiação, que antes era feminina, agora passa a ser masculina, assim, como o direito hereditário. Nessa fase era comum a poligamia e o patriarca possuir mais de uma mulher, já que a procriação era favorável ao grupo social. Com o crescimento da prole aumentava o número de trabalhadores, gerando maior produção de produtos estritamente rurais, satisfazendo, dessa maneira, as necessidades de subsistência do grupo.

Com a evolução da família, chega-se a fase monogâmica, na qual o homem e a mulher constituíam um único vínculo matrimonial, tornando-se cônjuges. A monogamia é apenas uma evolução da fase patriarcal, pois o homem continua sendo o chefe da família, só que ao invés de um grupo social poligâmico, constitui-se um grupo restrito e de caráter monogâmico, ou seja, o casamento apenas entre um homem e uma mulher.

A família, só começou a ter estrutura social a partir do direito romano, que tornou a mesma uma unidade jurídica, econômica e religiosa, devidamente configurada pelo poder soberano que o patriarca detinha sobre a mesma.

O poder do pai, ou *pater* em Roma, era exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos quase de forma absoluta, sendo ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz. O *pater* famílias, era quem tinha o poder de direção sobre a família, bem como, era a pessoa que fazia os cultos ou os comandava e possuía a incumbência de proceder à distribuição da justiça dentro da sociedade familiar.

Com o advento do cristianismo que condenou as uniões livres, tem início o casamento como sacramento. Dessa feita a Igreja começa a ter uma preocupação com a entidade familiar, e desde a sua fundação, vem disciplinando as condições para o casamento, assim como os seus efeitos jurídicos e as conseqüências decorrentes da sua dissolução.

O cristianismo, através de sua doutrina, deu início a "igualdade" entre os poderes do homem e da mulher no núcleo familiar patriarcal, abalando-o e, conseqüentemente, atribuindo uma doutrina de igualdade de direitos e de deveres entre a mulher e o homem no matrimônio.

O direito canônico trouxe grande contribuição para o direito de família, na medida em que o cristianismo criou regras extremamente indispensáveis à área jurídica que trata da família.

Vale salientar que a família ainda continua sendo regida pelo seu chefe, que se cristaliza na figura do homem, só que com poderes mais restritos e menos autoritários do que os detidos na fase patriarcal.

A sociedade não é estática, sendo assim a família alvo de evoluções constantes, pois a cada momento que a sociedade muda, ou seja, se renova, são criados novos entendimentos e novas formas de convivência, fazendo com que as pessoas procurem diversificadas maneiras de sobrevivência, o que torna o direito uma ciência social que visa regulamentar a vida em sociedade, e como a família

também faz parte dessa sociedade, da mesma forma o direito tem que evoluir para acompanhar as transformações sociais.

Aqui no Brasil o casamento não é a única forma de constituição da entidade familiar, pois ainda há a união estável que apenas se diferencia do casamento com relação à prova. A prova, no casamento, é pré-constituída, ou seja, o casamento é plenamente provado através da certidão de casamento; agora, quando se fala em prova na união estável, a mesma pode ser pré-constituída ou pós-constituída.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi eliminada a distinção entre casamento e união estável, nascendo, assim, as primeiras leis que disciplinam a união estável (Lei 8.971/1994, Lei 9.278/1996 e Lei 10.406/2002). O advento dessa igualdade no âmbito constitucional fez com que houvesse uma equiparação entre conviventes e casados, gerando aos mesmos direitos e deveres iguais. Portanto, não há porque negar um tratamento jurídico e social de plena equivalência a ambos.

A Constituição Federal no art. 226, §§ 1º a 4º reconhece como entidade familiar: a) aquela constituída pelo casamento civil; b) a derivada da união estável entre homem e a mulher; e c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes é o caso da família monoparental.

O casamento, por vontade de um ou dos dois cônjuges, pode terminar através do instituto "divórcio"; da mesma forma, a união estável pode ser dissolvida pela ação judicial de dissolução de união estável. Sobre isso Sílvio de Salvo Venosa (2005; p.207) diz que:

Em qualquer situação, a separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores.

A família é um instituto complexo para o mundo jurídico, pois, está diretamente ligada aos sentimentos humanos. A lei muitas vezes chega a ser dura e infelizmente incompreensível perante os conflitos que tem como centro esse grupo social.

1.2 As relações de parentesco no Direito Civil

Em uma família as pessoas são unidas através do vínculo conjugal ou da união estável, de parentesco por consangüinidade ou outra origem e da afinidade. No Código Civil há cinco capítulos dedicados ao parentesco.

Venosa (2005, p. 235), dá uma boa definição do termo “parentesco” como sendo “o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum.”

Esse conceito, em sentido estrito, abrange apenas o parentesco consangüíneo. Contudo, em sentido amplo, ele inclui o parentesco por afinidade e o proveniente da adoção ou de outra origem, como exemplo, a inseminação artificial.

O art. 1.591 do Código Civil trata do parentesco em linha reta, ou seja, quando as pessoas estão ligadas com as outras numa relação de ascendentes e descendentes. Já o parentesco presente no art. 1.592 do CC, ou seja, em linha colateral, é aquele quando as pessoas são provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras.

A afinidade vem conceituada no art. 1.595 do CC como sendo o vínculo que se estabelece entre um dos cônjuges ou companheiro e os parentes do outro.

A nossa legislação faz diferença em relação ao parentesco civil e ao natural no art. 1.593 do CC. O parentesco civil é o resultante da adoção ou outra origem, já o natural diz respeito à consangüinidade.

A adoção é uma das formas de parentesco civil. Entretanto, mesmo sem os laços sanguíneos, ela adquire as características como se assim os tivesse, ou seja, o adotado tem os mesmos direitos do filho consangüíneo.

1.2.1 Espécies de parentesco

A Constituição de 1988 acabou com as diferenças em relação a origem dos filhos, sejam os havidos fora do matrimônio, sejam os adotados. O art. 227, § 6º se expressa nesse sentido: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação”.

Antes da legislação em vigor, não havia essa igualdade. Venosa (2005, p. 238) traz apenas para fins didáticos algumas conceituações que eram empregadas e acentuavam essa desigualdade:

Na filiação ilegítima, distinguem-se os filhos naturais e os filhos espúrios. Filiação natural é a proveniente de pessoas não casadas que não tinham qualquer impedimento para contrair matrimônio. Filiação espúria é a proveniente de união de pessoas que estavam absolutamente impedidas de casar, por força de impedimento absolutamente dirimente. A filiação espúria pode ser incestuosa ou adúlterina. A filiação incestuosa é aquela cujo impedimento para o casamento dos pais decorre de parentesco. Filiação adúlterina é a que deriva de genitores impedidos de casar por já estarem casados.

Os cônjuges não são parentes entre si, porque são unidos pelo casamento ou pela união estável, estabelecendo a relação de afinidade entre os parentes de ambos. Com o divórcio e conseqüente rompimento do vínculo, não mais persiste a afinidade, com exceção do parentesco em linha reta, ou seja, o sogro e a sogra.

1.2.2 Contagem de graus

É importante saber a distinção entre o parentesco em linha reta e o parentesco em linha colateral para fazer a contagem de graus. Parentesco em linha reta é aquele onde as pessoas descendem umas das outras, como é o caso do bisavô, avô, pai, filho, neto e bisneto.

De acordo com o art. 1.592 do CC são parentes em linha colateral as pessoas que provêm de um tronco comum, sem descenderem umas das outras. É o caso de irmãos, tios, sobrinhos e primos. Na linha reta não há limite de parentesco, mas na colateral este se estende somente até o quarto grau.

A contagem de graus se dá pelo número de gerações. Na linha reta, pai e filho são parentes em primeiro grau, já o neto e avô são parentes em segundo grau, tendo entre eles duas gerações.

Na linha colateral a contagem de graus é um pouco mais complexa. Sobe-se do parente que se tem em vista até o ascendente comum, descendo-se, depois, ao outro parente. Assim, irmãos são colaterais em segundo grau, tios e sobrinhos em terceiro e primos em quarto grau.

Venosa (2005, p. 240) fala sobre a contagem de grau no caso de afinidade:

A afinidade possui simetria com a contagem de graus no parentesco. Essa relação deriva exclusivamente de disposição legal, sem relação de sangue. Na relação de afinidade, o cônjuge está inserido na mesma forma. Trata-se, pois, de contagem derivada. Desse modo, a afinidade ocorre tanto na linha reta, como na linha colateral. Assim, o sogro e a sogra são afins em primeiro grau, os cunhados são afins em segundo grau etc.

Por ser a afinidade uma relação de natureza pessoal, tendo como limites o disposto na lei, ela não se estabelece entre os parentes dos cônjuges ou companheiros, sendo que os afins de cada um não são entre si, é o caso dos concunhados que não são afins entre si.

1.3 As formas de família substituta

A Declaração Universal dos Direitos da Criança afirma no princípio 6º que:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.

O art. 227 da Constituição Federal considerou o direito a convivência familiar e comunitária um direito fundamental da criança e do adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) tem por embasamento a proteção integral da criança e do adolescente, segundo direito fundamental de que cada um deles deve ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta

(ECA, art. 19). É, portanto, direito essencial de todas as crianças e adolescentes ter uma família, seja ela biológica ou substituta.

Família substituta é aquela que se propõe cuidar de uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela, e nela se desenvolva. Sendo assim, esta criança ou adolescente vai passar a ser membro desta família que generosamente a acolhe, que livremente a quer entre os seus, dispensando-lhe tudo de que precisa, sobretudo, amor.

São estabelecidas três formas de colocação de criança e de adolescente em família substituta: guarda, tutela e adoção (ECA, art. 28). A adoção é objeto deste trabalho onde o adotado passará a ter todos os direitos e deveres do filho de sangue. Até porque, tanto a Guarda como a Tutela podem ser revogadas, mas a Adoção é para sempre.

No que diz respeito a adoção este trabalho terá um capítulo especial dedicado a esse instituto. Quanto a guarda e a tutela é bom mostrar suas definições a título de conhecimento e para que não reste confusão quanto a ser uma ou outra.

O art. 33 do ECA definiu a guarda como aquela atividade que "obriga à prestação material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais".

Já a tutela é um instituto de direito civil, destinado à proteção de pessoas menores de 18 anos, que se concretiza quando: a) os pais forem falecidos; b) estiverem ausentes; c) forem destituídos do poder familiar, como dispõe o art. 1.728 do Código Civil.

A família substituta será necessária quando a biológica, por algum, motivo, ficou sem condições de dar continuidade ao exercício do poder familiar, colocando

em risco a criança ou o adolescente. Para todas as formas de colocação em família substituta, independe a situação jurídica em que se encontre a criança ou o adolescente. Assim, tanto faz se está numa família ou numa entidade, se tem condições materiais ou não. Aliás, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do Poder Familiar.

A opinião da criança ou do adolescente deverá ser tomada como forma de respeito à sua vontade, é assim que expõe o art. 1.621 do Código Civil. Contudo a autoridade judiciária não estará sujeita a essa manifestação de vontade, como traz o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, no art. 28, § 1º.

Da mesma maneira, para que a criança ou o adolescente sintam-se como se fosse membro da família, mesmo que substituta, o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade (ECA, art. 28, § 2º) serão levados em conta, a fim de que sejam evitadas ou minoradas as conseqüências decorrentes da medida.

Como já foi dito, a esse trabalho interessa a adoção como modalidade de família substituta e seu caráter irrevogável frente ao parentesco afetivo.

CAPITULO 2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A adoção quanto instituto consiste no ato jurídico, através do qual uma pessoa recebe outra em sua família, tratando-a como filho, formando assim, uma relação fictícia de paternidade e filiação. Esse instituto encontra-se consubstanciado no ordenamento jurídico brasileiro, como sendo de Direito Público, e tendo como principal efeito, a criação de um parentesco específico entre adotante e adotado, ocasionando o rompimento de maneira automática do vínculo de parentesco com a família de origem. A adoção tem como elemento norteador, a afetividade, e está disciplinada, sobretudo, na Constituição Federal (artigo 227, caput e §§ 5º e 6º), no Código Civil de 2002 (artigos 1618 à 1629) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 39 à 52).

2.1 O parentesco civil na adoção

A adoção é o vínculo de parentesco civil que estabelece entre adotante e adotado um liame civil irrevogável e definitivo de paternidade e filiação, para todos os efeitos legais, desligando o adotado de qualquer vínculo com os pais biológicos, exceto os impedimentos matrimoniais.

Como visto anteriormente o parentesco no sentido estrito seria aquele decorrente do vínculo sanguíneo, ou seja, natural. Mas, temos que este também pode ser por afinidade e civil. Sobre isso o Código Civil de 2002, artigo 1.593, traz

que: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem".

A afinidade é o vínculo jurídico formado entre um cônjuge e os parentes do outro, sem que tal vínculo se estabeleça entre os afins de um cônjuge e os afins do outro. Já parentesco Civil, originário do instituto da adoção, tem como característica: a autonomia privada, e sua base subjetiva nas relações de afeto que fazem com que o filho adotivo integre a família do adotante, mesmo que não exista qualquer vínculo sanguíneo.

Pode-se dizer que, o parentesco civil é uma modalidade artificial de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, um estranho no seio familiar, atribuindo a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres inclusive os sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, mantendo-se apenas os impedimentos para o matrimônio.

O reconhecimento da adoção implicará, portanto: no vínculo de filiação entre a criança e seus pais adotivos; na responsabilidade dos pais adotivos em relação a criança; na ruptura do vínculo de filiação preexistente entre a criança e seus pais biológicos.

O parentesco civil, no Código Civil de 1916, sempre foi havido como aquele oriundo somente de adoção, mas o atual Código Civil, ao referir-se de maneira aberta ao parentesco civil como aquele que resulta de outra origem que não seja a consangüinidade, possibilita outras interpretações. Entre essas interpretações, podemos dizer que o parentesco civil é aquele oriundo de relação sócio-afetiva, que não se restringe à adoção. Como é o caso em que um homem registra filho alheio como seu.

2.2 A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente

Venosa (2005, p; 330) fala que não há incompatibilidade entre as disposições do Código Civil e do ECA relativas a adoção, mas que se torna inconveniente ter dois diplomas para tratar do mesmo assunto.

O Código Civil disciplina a adoção nos arts. 1.618 a 1.629. Apesar de posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente o Código Civil não fez grandes modificações a este instituto. Contudo algumas mudanças aconteceram conforme se vê a seguir.

O Código Civil alterou a idade mínima para adotar, que passou de 21 anos como era prevista no art. 42 do ECA, para 18 anos como dispõe o art. 1.618 do CC.

Outra mudança foi quanto a revogabilidade do consentimento dos pais ou representante legal até a publicação da sentença constitutiva de adoção (CC, art. 1.621, § 2º).

Com o advento do novo código ressurgiu a condição de infante exposto, situação jurídica ainda inexplicada pela lei. O artigo 1.624 do CC trata desse tema.

Por fim, outra mudança importante é a obrigatoriedade de processo judicial para a adoção de maiores de 18 anos, como vem disposto no art. 1.623, parágrafo único do Código Civil.

O ECA estabelece as regras cabíveis a adoção dos menores de 18 anos, determinando a competência para a sua concessão aos juízes da infância e da juventude. Quanto a adoção dos maiores de 18 anos, aplicam-se as normas do Código Civil, competindo aos juízes das varas de família a sua concessão.

A adoção é ato personalíssimo, feito somente pelo adotante, sendo vetada por lei o uso de procuração, como se refere o art. 39, parágrafo único do ECA. De acordo com o artigo 1.618 e 1.619 do CC, só pode adotar a pessoa com mais de 18 anos e que seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado. Esta última hipótese também está presente no § 3º do art. 42 do ECA.

O ECA impede a adoção feita pelos descendentes e os irmãos do adotando. Quanto a proibição de adotar um neto, Silvio Rodrigues (2004, p. 343), esclarece que, talvez se justifique na idéia de que o ato poderá afetar a legítima de herdeiro necessário mais próximo, tal como filho. Assim, ao ser adotado, o neto assumirá a posição de filho, concorrendo com o seu próprio pai na sucessão do avô, considerando uma verdadeira aberração jurídica.

O Código Civil determina que a adoção pode ser promovida por ambos os cônjuges ou companheiros, desde que preencham os seguintes quesitos: tenham completado 18 anos de idade e comprove a estabilidade da família. Esse dispositivo, encontra-se em consonância com o § 2º, do artigo 41 do ECA.

Os divorciados e os separados judicialmente também poderão adotar conjuntamente, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o adotando esteja convivendo com eles antes da ruptura do casamento (ECA, art. 42, § 4º e art. 1.622, parágrafo único do CC)

A adoção por tutores e curadores está condicionada a prestação de contas de sua administração e ao pagamento de possíveis débitos, como dispõe o art. 1.620 do CC e o art. 44 do ECA. Tal condição visa proteger os interesses do tutelado ou dos filhos do interditado, impedindo que a adoção seja usada como meio de acobertar irregularidades, livrando o responsável da prestação de contas.

O caput do art. 45 do ECA consagra a obrigação de colher o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado. O Código Civil no art. 1.621, trouxe igual obrigação, incluindo o consentimento do adolescente, que já se encontrava disciplinado no § 2º do art. 45 do ECA. Acrescenta o § 1º do art. 1.621 do CC, que o consentimento será dispensado em relação a criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

Nesse mesmo sentido, o art. 1.624 do CC confere mais duas hipóteses em que o consentimento dos pais ou representante legal é dispensado, são elas: se ficar provado que o adotando é infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar sem nomeação do tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano. O termo "infante exposto" se refere as crianças que estejam em situação de risco pessoal e social.

Quanto ao estágio de convivência entre adotando e adotante o juiz fixará seu prazo, conforme o caso concreto (ECA, art. 46). O maior objetivo desse estágio é garantir a compatibilidade entre o adotante e o adotado, e constatar a probabilidade da adoção ter ou não sucesso. É uma medida obrigatória nos casos do adotado ter mais de um ano de idade. Contudo, se o adotando já estiver em companhia do adotante, durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da constituição, este estágio será dispensado (ECA, art. 46, caput e § 1º).

O art. 1.625 do CC estabelece que somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando. Nesse mesmo sentido, o ECA priorizou o interesse do menor, ao estabelecer no art. 43 que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

Os artigos 1.626 do Código Civil e o 41 do ECA, determinam que a adoção atribua a situação de filho ao adotado, com os mesmo direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais. Com relação a esta ressalva, o legislador procurou evitar comportamentos que violassem os bons costumes e a ordem pública, através de condutas incestuosas.

O artigo 41, § 2º do ECA em consonância ao art. 227, § 6º da Constituição Federal preconiza ser recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus descendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

A adoção sempre será deferida por meio de processo judicial, como prescrevem o caput do art. 47 do ECA e o art. 1.623 do CC, cuja sentença será inscrita no cartório de registro civil, mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão, conforme completa o art. 47 do ECA.

O Código Civil trata, no art. 1.627, da mudança do nome do adotado: “a decisão judicial confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”. Nesse sentido, o art. 47, § 5º, do ECA já se pronunciava.

Finalizando esse tópico vale citar Venosa (2005, p. 297), quando ele diz que a adoção

[...] preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento e levantará suspeitas.

O Código Civil não disciplinou a adoção por estrangeiros. Apenas recomendou, no art. 1.629, que a adoção por estrangeiro devesse obedecer aos casos e às condições que forem estabelecidos em lei especial, no caso, o ECA.

2.3 A irrevogabilidade da adoção

O art.48 do ECA dispõe que depois do trânsito em julgado “a adoção é irrevogável”. Contudo as adoções realizadas anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 8.069/90, eram revogáveis em várias hipóteses, como é exemplo os arts. 373 e 374 do Código Civil de 1916.

Tanto o art 227 da CF quanto 48 do ECA alteraram o estatuto legal da adoção, aplicando-se a todos os casos existentes. Em síntese, a adoção é irrevogável, não importando a data de sua constituição ou a modalidade. Igual matéria é tratada no Código Civil em seus artigos 1.621, §2º: “O consentimento previsto no caput é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção”.

O art. 1.628, 1ª parte do Código Civil dispõe que: “Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença”. Mesmo que ocorra a morte dos adotantes, os pais naturais não retomarão o poder familiar, uma vez que a família do adotado deixa de ser a sua família de sangue e passa a ser a família do adotante.

Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 47) sobre esse tema expõe que a irrevogabilidade da adoção “é um dos afeitos mais importantes que sedimenta as

relações paterno-filiais entre adotante e adotado. Por meio da irrevogabilidade, adotante e adotado terão a certeza da segurança jurídica”.

Busca-se o fundamento da irrevogabilidade na equiparação que a lei estabelece entre os efeitos da filiação biológica e adotiva. Se aquela é irrenunciável, a adotiva tem a mesma característica. A defesa da estabilidade dos laços familiares impõe-se sobre os interesses particulares dos envolvidos.

A irrevogabilidade na qual trata o ECA orienta no sentido de que os efeitos produzidos pela adoção não podem ser desfeitos ou anulados pela vontade dos interessados, como se fosse um simples contrato. O adotante insatisfeito com seu filho adotivo vice-versa, não pode renunciar unilateralmente à adoção já constituída pela sentença definitiva.

2.4 Os efeitos jurídicos no parentesco civil

A adoção gera o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, criando um parentesco específico entre adotante e adotado, denominado civil, como foi visto anteriormente.

Assim, não obstante a total integração do adotado na família do adotante, desligando-se definitiva e irrevogavelmente da família de sangue, a lei traz algumas conseqüências jurídicas de ordem pessoal e patrimonial. A seguir vamos falar sucintamente dos principais efeitos.

Um dos primeiros efeitos de ordem pessoal é o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais

(art.1626), de forma que os genitores não mais poderão exigir notícias da criança ou do adolescente, nem mesmo quando se tornar maior de idade. Os vínculos de filiação e parentesco anteriores cessam com a inscrição da adoção no Registro Civil. Nem mesmo, como já exposto, a morte do adotante restabelecerá o poder familiar dos pais naturais.

Um segundo efeito de ordem pessoal é o estabelecimento de verdadeiros laços de parentesco civil entre o adotado e o adotante, abrangendo a família do adotante, exceto para efeitos matrimoniais, em que prevalecem os impedimentos dirimentes previstos nos arts.1521, I, III e V do CC.

Com o parentesco civil na modalidade da adoção há a transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar para o adotante, se o adotado for menor (art.1630, 1634 e 1635, IV), com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes: companhia, guarda, criação, educação, obediência, respeito, consentimento, para casamento, nomeação de tutor, representação e assistência (art.1690 do CC), administração e usufruto de bens (art.1689) e etc. isto é assim porque o poder familiar é o núcleo da relação de filiação.

Dentre os efeitos jurídicos patrimoniais produzidos pela adoção temos o direito do adotante de administração e usufruto dos bens do adotado menor (arts. 1689, 1691, 1693) para fazer frente às despesas com sua educação e manutenção, perdendo esse direito o pai, ou mãe, natural, por ter perdido o poder familiar. O adotante tem a obrigação de sustentar o adotado enquanto durar o poder familiar (art.1634 do CC), bem como tem o dever de prestar alimentos ao adotado (art.1694, 1696 e 1697 do CC), nos casos em que são devidos pelo pai ao filho menor. Da mesma forma o filho adotivo tem obrigação de fornecer alimentos ao adotante, por ser seu parente, tendo também dever de prestá-los aos parentes do adotante, que

também são seus. Isto é assim por ser o direito à prestação de alimentos recíproco entre pais e filhos e pelo fato de o adotado estar ligado à família do adotante.

Com a adoção o adotante tem a responsabilidade civil pelos atos cometidos pelo adotado menor de idade.

No tocante ao Direito sucessório há a reciprocidade nos efeitos sucessórios, pois se o adotado falecer sem descendência, se lhe sobreviver o adotante, a este caberá por inteiro a herança, faltando cônjuge ou convivente do de cujus (art.1829, II e 1790, III). Igualmente, há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante e vice-versa (art.1626, parágrafo único, e art.1829 do CC).

Os efeitos da adoção têm início com o trânsito em julgado da sentença, salvo se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito (art.1628, 1º parte, CC). Nesse caso é admitida a adoção *post mortem* ou póstuma, desde que à época do falecimento do adotante já houvesse procedimento da adoção em andamento requerido por ele ao manifestar sua vontade, não havendo prova em contrário.

CAPITULO 3 O PARENTESCO AFETIVO E ADOÇÃO

A paternidade ou maternidade envolvem o cumprimento de funções que transcendem ao fator sangüíneo e que não repousam apenas na consangüinidade, mas no cuidado, desvelo, educação e amor ao filho, o que se alcança pela afetividade contida na adoção, reconhecimento ou fertilização artificial; pai não é quem gera, mas o que ama e dá carinho.

O estado de filiação biológica assenta-se em presunções e tem sua irreversibilidade protegida por normas jurídicas, mas o parentesco afetivo também é inviolável desde que se demonstre a estabilidade dos laços praticados no cotidiano.

É o motivo por que a jurisprudência repele as incursões contra os registros feitos por pessoas que adotam à brasileira; ou que alegando resultado de exame genético tentam invalidar as matrículas de nascimento, embora cientes de que não eram os pais; também daqueles que desconhecendo, construíram sólida relação afetiva com o descendente não biológico.

3.1 A convivência familiar e a afetividade

A figura do filho de criação sempre esteve presente em nossa cultura e em nossas famílias. O termo “criação” desponta aqui como afeição, adoção, aceitação, sustento e guarda.

Pode ser um parente distante ou o filho da empregada de confiança, ou um órfão, o filho da comadre, de um amigo pobre, de qualquer origem, enfim. Basta que se faça a opção de criar e ele será ungido com os cuidados de um filho.

Em casa, ele recebe todo o afeto que é dedicado aos filhos consangüíneos como amor, assistência material, lazer, tudo. Ao longo do tempo na sociedade ele passa a ser conhecido como membro da família que o abriga.

O que falta para que o filho de criação seja oficialmente reconhecido como filho é apenas o ato de adoção legal, pois a adoção de fato está consumada no dia-a-dia, por anos e anos de convivência.

Os filhos são conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição.

O mais importante é que os pais adotivos, que fizeram livremente a opção de receber esse filho, mantenham tal vínculo até a morte. Se o tratamento que é dispensado ao filho consangüíneo é o mesmo dado ao seu irmão de criação, não há como negar essa relação filial e admitir as suas conseqüências, notadamente sob a perspectiva da igualdade constitucional.

A ligação afetiva entre as pessoas não se baseia na vinculação biológica, haja vista que os casais se unem, se amam e não possuem o mesmo sangue. Há muitos jovens que são filhos gerados pelos pais com os quais convivem e não se entendem com eles. A ligação entre pais e filhos é, principalmente, socioafetiva, moldada pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico.

3.2 O preconceito social na adoção

O preconceito em relação à adoção se consubstancia através de três ângulos: por parte dos pais, da sociedade e por parte do próprio adotado. Quando uma pessoa resolve adotar uma criança aquela cria em relação a esta um mito de filho perfeito. A grande maioria não aceita crianças que tenham mais de quatro anos de idade ou que não sejam de cor branca. Algumas pessoas acham que os maiores têm muitos vícios e que enfrentarão dificuldades de adaptação. Outras alegam querer acompanhar todo o desenvolvimento da criança.

Outra preocupação dos pais diz respeito à origem da criança, de onde vem e quem é sua família biológica, por acreditar muitas vezes que a criança possa apresentar características genéticas que venham prejudicar a convivência.

Os filhos adotivos consideram que as pessoas em geral discriminam os adotados. Esse preconceito parte não de pessoas desconhecidas, mas da família e dos amigos, revelando o tamanho do preconceito social em relação às pessoas adotadas, sendo que a cor da pele do filho adotivo não tem relação com o fato de ele ser mais ou menos discriminado.

Grande parte dos adotados se sente acuada na família que os acolheu ou na escola que frequenta. As pessoas costumam perguntar e fazem afirmações bobas sobre como eles se sentem, ou se parecem com os demais familiares. O que não acontece quando o filho é biológico, se distanciando assim do que a Constituição e os demais diplomas que tratam da adoção pregam.

Às vezes por medo que o filho adotivo se sinta mal perante a sociedade e consigo mesmo, muitos pais escondem sua condição, gerando desconforto por

muito tempo dentro da família. Contar para o filho "desde sempre" é a melhor maneira para que ele encare a situação como boa e que isso seja natural em sua vida. Contar tardiamente pode trazer reações negativas, como a criança sentir vergonha, pois, esta passa a entender que, se a adoção foi escondida, não deveria ser um fato muito bom.

Infelizmente persiste ainda hoje o estereótipo que "filhos adotivos dão problemas, cedo ou tarde" ou "uma mãe nunca vai gostar do seu filho adotivo como gostaria de um filho da barriga". Isso tende a ser reforçado pelo sensacionalismo de casos dramáticos através da mídia e até pela inadvertida generalização de casos clínicos por parte de muitos psicólogos e psiquiatras, que publicam artigos e falam em congressos que "a perda dos pais biológicos é irreparável" e, conseqüentemente, determinante de todos os problemas.

Quando se fala comparativamente de famílias adotivas e não adotivas, geralmente são utilizadas as expressões: família adotiva versus família natural; ou filho adotivo versus filho verdadeiro, denunciando o preconceito por trás das palavras.

A diferença entre uma família adotiva e uma biológica é simplesmente a contingência pela qual foram formadas, mas a sua essência e sua importância são exatamente as mesmas. Os pais e filhos por adoção não são cidadãos de segunda categoria e devem assumir-se por inteiro, sem culpa e nem vergonha. Afinal, a consangüinidade nem sempre garante uma boa relação. Se fosse assim, não veríamos diariamente dezenas de crianças abandonadas, ou jogadas em terrenos ou latas de lixo pela suas mães biológicas. Sem contar os pais que maltratam e espancam crianças "de seu próprio sangue".

3.3 Os aspectos jurídicos das relações familiares além da adoção

O artigo 1.593 do Código Civil diz que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem.

A expressão “ou outra origem” não significa apenas adoção, ela tem maior abrangência, alcançando também os filhos da reprodução heteróloga, os filhos de criação etc.

Em relação aos filhos de criação é coerente afirmar-se que se trata de um parentesco socioafetivo, devendo esta idéia de afetividade abrigar-se na expressão “outra origem” do art. 1.593, do Código Civil. Ao juiz caberá concretizar essa norma, com fundamento nos princípios constitucionais e nos valores sociais da comunidade.

A doutrina tem contribuído muito bem para a elucidação deste art. 1.593, no que pertine ao alcance da idéia de parentesco. Sílvio Rodrigues (2004, p. 290) faz a seguinte análise:

Importante modificação introduzida pelo novo Código consiste em ampliar a abrangência do parentesco civil também para contemplar aquele decorrente de *outra origem*, permitindo nesta esfera se incluir a reprodução assistida. [...] De qualquer forma, parte-se para nova classificação, identificando o parentesco natural resultante da consangüinidade e o civil decorrente da adoção ou origem diversa da consangüínea.

Têm-se, assim, no art. 1.593 do novo Código Civil, elementos para a construção de um conceito jurídico de parentesco em sentido amplo, no qual o consentimento, o afeto e a responsabilidade terão papel relevante, numa perspectiva interdisciplinar.

Em novembro de 2004, civilistas de todo o país, reuniram-se no auditório do STJ para estudo do atual Código Civil e, ao final do encontro, emitiram enunciados, dentre os quais um referente ao artigo 1.593, de autoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos (TJ-RS), com a seguinte redação: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil."

A nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade. Sabemos que legislador não tem como criar ou impor a afetividade como regra erga omnes, pois esta surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos.

O afeto já se encontra inserido em outras searas do direito de família, tendo a sua noção sido adotada principalmente no que diz respeito à dissolução do vínculo conjugal, e também para o efeito de constituir uma nova entidade familiar. De forma que atualmente é possível o término de um casamento tendo em vista o fim dos sentimentos existentes entre os cônjuges, assim como a materialização de uma família somente com base nos vínculos de consideração.

Assim sendo, torna-se imprescindível a valorização do afeto também no que diz respeito às relações traçadas entre pais e filhos, pois somente dessa forma se conseguirá alcançar uma integral proteção para todas as crianças e adolescentes, bem como numa visão mais genérica e não menos importante, para os filhos como um todo.

Em sede constitucional aponta-se, principalmente, a regra da igualdade, amparada no art. 227, §6º, no sentido de que, independentemente da origem, a todos os filhos devem ser conferidos os mesmos direitos e qualificações, o que vem a ser confirmado pela aceitação expressa da adoção como um dos meios através dos quais o vínculo de parentesco pode ser estabelecido. Além disso, vislumbra-se

que a posse de estado pode conferir àquele que se comporta e é tratado como filho, a efetivação de um direito constitucional, previsto no art. 227, caput, já que nele encontra-se disposto o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar.

É possível fundamentar a paternidade afetiva também no artigo 1.596, que ratifica a igualdade constitucional prevista para a filiação. Sobre esse princípio Maria Helena Diniz disserta que:

[...] não se faz distinção entre filho matrimonial, não matrimonial ou adotivo, quanto ao poder familiar, direitos, nome e sucessão. Permite-se o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a 'ilegitimidade' ou 'espuriedade'. Vedadas estão quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Outro dispositivo referente a filiação afetiva está no art. 1597, V, do Código Civil que aceita a paternidade simplesmente sociológica nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga.

Resta ainda a hipótese prevista no art. 1605, II, no que diz respeito à prova da filiação derivada da posse de estado de filho afetivo.

No entanto, ainda que existentes poucas disposições infraconstitucionais no que concerne à filiação afetiva, os fundamentos constitucionais, consubstanciados sobretudo na igualdade e na proteção incondicional dos direitos da criança e adolescentes, já seriam suficientes para a aceitação de tão nobre vínculo.

Até mesmo porque não se pode vislumbrar na Constituição Federal nenhum tipo de privilégio quanto à filiação biológica, em detrimento da afetiva. Muito pelo contrário, a Constituição, no que diz respeito ao direito dos filhos, enaltece de forma genérica a igualdade existente entre eles, tendo sido mais específica no que concerne ao elenco dos direitos dos menores.

3.4 O impacto da convivência familiar para a adoção por afetividade

Sabe-se que o amor não está condicionado a laços genéticos; mesmo o amor de pais e filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, é sempre construído sendo que esta conquista pode ser a longo prazo ou pode ser um "amor à primeira vista".

É inegável a importância de uma convivência harmoniosa e voluntária do ser humano para a sua formação e desenvolvimento, sendo que nesse aspecto a existência de afeição no grupo considerado como família é o elemento mais importante, na medida em que não basta a manutenção meramente biológica do conjunto pai-mãe-filhos.

Muitos são os casos de famílias que cuidam de crianças sem efetivamente cumprir todos os ditames que a lei impõe. Exemplo dessa relação está a adoção à brasileira e o caso dos filhos de criação.

A adoção à brasileira constitui-se no ato pelo qual, o casal ou uma pessoa sozinha, registra a criança em um cartório como se fosse seu filho biológico. Tal denominação foi dada pela jurisprudência por ser praticada constantemente, e de maneira comum pela sociedade brasileira. Do ponto de vista jurídico, trata-se de uma adoção irregular, uma vez que não obedece às exigências legais, além de ser configurada penalmente como uma conduta criminosa, no entanto, por ser realizada de boa vontade, o juiz na maioria dos casos, deixa de aplicar a pena.

Mas para que reste configurada esta formação familiar, imprescindível se faz que alguns pontos sejam elucidados, dentre os quais: a) o estado de filiação; b) a posse do estado de filho; e c) a valoração do afeto como valor jurídico e formador de núcleo familiar.

A Carta Constitucional de 1988 preconizou em seu art. 227 que o estado de filiação caracterizado pelo "filho" e aquele que assumiu todos os deveres e obrigações oriundos da paternidade, é o mais puro elemento exigido para a configuração dessas "relações de parentesco". Para nós, seria a proteção criada pela doutrina e que passa a ter força nos Fóruns e Tribunais do brocado popular "pai é aquele que cria". Sobre isso o STJ se manifestou:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES. A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócioafetiva, 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. - 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. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - 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. Recurso Especial provido. (STJ; REsp 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrighi; Julg. 17/05/2007; DJU 04/06/2007; Pág. 347).

O afeto exerce no atual contexto brasileiro um papel muito importante, delineando as relações familiares e os novos paradigmas da filiação. Desta feita,

temos que a posse do estado de filho é um requisito essencial à caracterização da paternidade/filiação sócio-afetiva, traduzida na aparência/demonstração de um estado de filho, chamada, portanto, de estado de filho de afeto. A posse do estado de filho se configura sempre que alguém age como se fosse o filho e outrem como se fosse o pai, pouco importando a existência de laço biológico entre eles. É a confirmação do parentesco/filiação sócio-afetiva, pois não há nada mais significativo do que ser tratado como filho no seio do núcleo familiar e ser reconhecido como tal pela sociedade, o mesmo acontecendo com aquele que exerce a função de pai.

A posse de estado de filho, nada mais é, do que a prática de reiterados atos dos núcleos familiares, diante de uma íntima e longa relação de afeto, cuidado, preocupação e outros sentimentos que surgem com o carinho.

O texto constitucional dispõe em seu art. 3º, I que nossa República tem como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o não reconhecimento de amor, do afeto como formador da família e da relação de parentalidade é ir de encontro com as bases constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito.

Acredita-se que quando um homem e uma mulher, de livre e espontânea vontade resolvem acolher em seu lar uma criança e tratá-la como um filho de sangue, configura-se uma relação de maturidade e evolução do ser humano em seu meio social. O filho que porventura fora renegado/abandonado/desprezado por seus genitores não pode ser privado de ter no amor o reconhecimento de um núcleo familiar, de uma situação que lhe traga dignidade e respeito perante a sociedade.

Nessa mesma esfera são encontrados os casos dos filhos de criação que se diferenciam da adoção à brasileira, apenas por não terem sido registrados em cartório como se assim filho fosse daquela família. Contudo os laços e as

características como o estado de filiação, a posse de estado de filho e o afeto são as mesmas e bem consistentes. A título de exemplo dispõe o seguinte julgado:

FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de "filho de criação" não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. **APELO DESPROVIDO.** (TJRS; AC 70007016710; Bagé; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Rui Portanova; Julg. 13/11/2003)

A jurisprudência tem sido favorável a essas espécies de filiação que se cabe chamar de adoção por afetividade, onde o que apenas falta para configurar a adoção legítima é o cumprimento do rito que a lei exige. O que é o de menos, pois o que vale acima de tudo é o afeto o carinho e o tratamento com que a família cuida da criança em seu lar. Abaixo dois exemplos de julgados nesse sentido:

EMENTA: APELACAO. ADOCAO. ESTANDO A CRIANCA NO CONVIVIO DO CASAL ADOTANTE HA MAIS DE 9 ANOS, JA TENDO COM ELES DESENVOLVIDO VINCULOS AFETIVOS E SOCIAIS, E INCONCEBIVEL RETIRA-LA DA GUARDA DAQUELES QUE RECONHECE COMO PAIS, MORMENTE QUANDO OS PAIS BIOLOGICOS DEMONSTRARAM POR ELA TOTAL DESINTERESSE. EVIDENCIADO QUE O VINCULO AFETIVO DA CRIANCA, A ESTA ALTURA DA VIDA, ENCONTRA-SE BEM DEFINIDO NA PESSOA DOS APELADOS, DEVE-SE PRESTIGIAR A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE BIOLOGICA, SEMPRE QUE, NO CONFLITO ENTRE AMBAS, ASSIM APONTAR O SUPERIOR INTERESSE NA CRIANCA. DESPROVERAM O APELO. UNANIME. (Apelação Cível Nº. 70003110574, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/11/2001);

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. ACOA DE ANULACAO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMAOS DO FALECIDO PAI. NO CONFLITO ENTRE A VERDADE BIOLOGICA E A VERDADE SOCIOAFETIVA, DEVE ESTA PREVALECER, SEMPRE QUE RESULTAR DA ESPONTANEA MATERIALIZACAO DA POSSE DE ESTADO DE

FILHO. O FALECIDO PAI DO DEMANDADO REGISTROU-O, DE MODO LIVRE, COMO FILHO, DANDO-LHE, ENQUANTO VIVEU, TAL TRATAMENTO, SOANDO ATE MESMO IMORAL A PRETENSÃO DOS IRMÃOS DELE (TIOS DO REU) DE APOS SEU FALECIMENTO, E FLAGRANTEMENTE VISANDO APENAS MESQUINHOS INTERESSES PATRIMONIAIS, PRETENDER DESCONSTITUIR TAL VINCULO. DESACOLHERAM OS EMBARGOS. (8 FLS). (SEGREDO DE JUSTICA). (Embargos Infringentes Nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002).

Sendo assim, restringir as relações de parentesco apenas às modalidades de consangüinidade, civil e afinidade não parece ser a proposta do atual Direito brasileiro, no que diz respeito às esferas Constitucional e de Família.

De qualquer forma, o melhor seria que todas as famílias tentassem regularizar sua condição de afetividade com a criança, evitando assim maiores constrangimentos para ambos, pois apesar do Direito ser favorável nesse sentido, não é unânime.

De qualquer forma, não reconhecer essa realidade do parentesco socioafetivo ou da adoção por afetividade, implicaria em afronta a princípios constitucionais, aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no art. 227 da Constituição Federal que reconheceu às crianças e aos adolescentes o direito fundamental a convivência familiar e comunitária, o Estatuto da Criança e do Adolescente incluiu a família substituta como alternativa para o exercício deste direito.

A adoção juntamente com a guarda e a tutela fazem parte do rol das formas de família substituta, formando o vínculo de parentesco civil. Este instituto tem caráter irrevogável e a criança ou adolescente ao ser adotado é inserido na família adotante como se assim filho biológico seu fosse, agregando todas as características deste.

Viu-se que o Código Civil definiu o termo parentesco, onde de forma restrita é o parentesco consanguíneo e em sentido amplo o parentesco por afinidade, ou proveniente de adoção ou de outra origem. Justamente no termo “outra origem” que o presente trabalho se encaixou ao tratar do parentesco afetivo.

O que se objetivou nesse trabalho foi reforçar o caráter irrevogável da adoção e o parentesco afetivo. O parentesco afetivo é aquele criado ou construído a partir da convivência da criança ou do adolescente com a família, independente de ser filho biológico, adotado ou não, é o que acontece nos casos dos filhos de criação.

Porém antes de ter discorrido sobre o principal foco do trabalho foi necessário fazer breves comentários sobre a evolução da instituição familiar desde a Antiguidade até os dias atuais, bem como sua conceituação e teorias que tratam a esse respeito.

As relações de parentesco também estiveram presentes nessa pesquisa, nas suas peculiaridades, como suas espécies e a contagem de graus prevista no Código Civil.

Outro aspecto relevante foi o tratamento do instituto da adoção à luz do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente onde se percebeu que ambos, os diplomas legais se completam ao orientar os parâmetros para a execução desse instituto.

Dessa forma, a partir da análise da doutrina e das leis, foi concluído que nas relações familiares devem sempre primar pelo bem-estar da criança ou do adolescente, não importando se sua família é biológica ou não. Portanto, apesar de existirem as três formas de família substituta, expostas no trabalho, elas não devem esgotar as possibilidades de acolhimento familiar no âmbito jurídico. Em nome do melhor interesse da criança, há de se reconhecer a existência de outras famílias possíveis, como relações de convivência, aptas a produzir efeitos no mundo jurídico, como instrumento de proteção para aqueles que estão em plena fase de desenvolvimento.

Nem sempre os pais biológicos cumprem a risca seus deveres, ao contrário do que acontece nas relações de paternidade afetiva onde os pais por vontade própria resolvem cuidar de um filho como se assim seu fosse, dando amor, carinho e sustento. É nesse sentido que a noção de posse de estado de filho precisa sofrer uma análise jurídica mais concreta, só desse modo se estará aplicando e interpretando as normas de acordo com a conformação constitucional atualmente vivenciada.

A paternidade sócio-afetiva ou sociológica é aquela que demonstra a essência de uma relação estabelecida entre pais e filhos, efetivando o direito à

convivência familiar e garantindo a proteção à dignidade humana, eis que inevitavelmente a realização pessoal está diretamente vinculada à organização do núcleo familiar. Assim, impõe-se, através de uma aplicação mais efetiva do texto constitucional, a utilização da posse de estado como elemento para solucionar os casos de conflito de filiação, sendo que a postura do julgador, nesse momento, acoberta-se de grande relevância, na medida em que além de verificar a configuração da paternidade afetiva deve ainda proteger incondicionalmente essa situação fática, porquanto seja a única hábil para a caracterização do verdadeiro vínculo filial.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código Civil (2002)*. Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2006.

_____, *Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)*. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 2007.

CZAPSK, Aurélia Lizete de Barros; ELIAS, Roberto João. *Manual Prático da Adoção*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso Civil Brasileiro: Direito de Família*. v. 6. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KALDUSTIAN, Silvio Manoug (org.). *Família brasileira a base de tudo*. Brasília: UNICEF, 1994.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Rideel, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARTI, Cynthia Andersen. *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres*. São Paulo: Cortez, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/Public/artigos.aspx?codigo=368>>. Acesso em: 11 de novembro de 2007.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3302>>. Acesso em: 11 de novembro de 2007.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 11 de novembro de 2007.