

A AQUISIÇÃO DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO PELA ADOÇÃO: COMPARAÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Ricardo Alves de Lima¹

Resumo: O presente trabalho demonstra a reformulação operada no Direito Civil a partir da nova hermenêutica constitucional, sobretudo no que tange à efetividade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, levando à repersonalização do Direito Civil. Ficará demonstrada essa reformulação a partir da visão de um instituto específico, a adoção, servindo de fio condutor para a percepção das referidas mudanças. A sistemática do instituto será comparada entre o Direito Brasileiro e Português, a fim de demonstrar não só semelhanças e diferenças práticas, mas, sobremaneira, a formação do vínculo paterno-filial tendo como ponto de partida a adoção.

Palavras-chave: direito comparado, dignidade da pessoa humana, adoção, paternidade.

Abstract: The present study shows the reformulation operated in Civil Law from the new constitutional hermeneutics, particularly in regard to the effectiveness of the fundamental principle of human dignity, leading to a “repersonalization” of Civil Law. This work demonstrates this recast from the perspective of a specific institute, adoption, serving as a guide to the perception of those changes. The institute will be systematically compared between Brazilian and Portuguese law, in order to make clear that are similarities and differences, not only practical ones, but most of all, regarding the formation of paternal-

¹Advogado, Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, onde é professor substituto.

filial bond which is the starting point for adoption.

Keywords: comparative law, human dignity, adoption, paternity.

INTRODUÇÃO



As semelhanças e diferenças existentes entre o instituto da adoção nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português podem-se obter uma série de informações que permitem observar a transformação do direito privado nesses países. Essas transformações se devem, sobretudo, à chamada constitucionalização do direito civil, fenômeno que afeta inclusive a adoção, convolvendo-a num meio para a realização da efetividade dos direitos fundamentais.

O caminho que se percorre neste artigo tem como fio condutor o instituto da adoção, abordado em seu conceito e, além disso, em como o cinzel do tempo fez revelar feições das várias culturas em que apareceu e que, atualmente revela avanços e recrudescimentos do Direito de Família. Destaca-se, também, o papel exercido pelos princípios, sobretudo por conterem carga normativa de acordo com a nova hermenêutica constitucional.

Através da técnica da comparação percebem-se do mesmo instituto traços de semelhança e estranheza entre a sistemática portuguesa e brasileira, com noções que, muitas vezes, se completam e abismam. Há que se mencionar, *a priori*, a diferença na grafia, não obstante o idioma comum, a distância e o dilapidar do uso deram a cada um sua característica própria, e o instituto que aqui tratamos por adoção é chamado, em Portugal, *adopção*. Também neste trabalho, por conveniente, cada uma será mencionada em sua grafia específica, a fim de tornar a exposição mais clara ao leitor.

Assim, servirá a adoção, como instituto antigo que é, para demonstrar a evolução do Direito Civil como um todo. Suas características descortinam as feições desse ramo do Direito que, de eminentemente patrimonial, passa a encerrar como fundamento a dignidade da pessoa humana. Ficarão evidentes, destarte, os movimentos de constitucionalização e repersonalização, tão característicos do atual momento da seara civilista, refletindo seus auspícios na paternidade, na filiação e na adoção.

1 - A ADOÇÃO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 - CONCEITO

Conceituar a adoção já constitui tarefa de cautela, sobremaneira em sede de comparação, já que em cada um dos países em tela há especificidades. Há, todavia, um núcleo comum ao instituto que se percebe em cada um dos ordenamentos aqui comparados, mas também, em qualquer lugar que exista. De fato, a adoção surge como algo inerente à condição humana, à sua fragilidade quando no início de sua existência ou mesmo àquela necessidade tão atávica de continuidade. Aparece, assim, em praticamente todas as culturas, destacando-se por sua finalidade.

Socialmente, a adoção é medida que privilegia a proteção dos menores que não têm família ou não têm família em condições de promover seu adequado desenvolvimento e, conseqüentemente, sua integração na sociedade². Já os dicionários jurídicos trazem conceito mais objetivo, como o da Academia Brasileira de Letras Jurídicas: “[i]nstituto pelo qual uma pessoa maior de 18 anos e independentemente de estado civil, aceita

² EPIFÂNIO, Rui. In *OTM.*, 1987, pág. 241. *Apud* RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *A Adopção – Regime Jurídico Actual*. Lisboa: Quid Juris, 2007. 2ª Edição. p. 11.

voluntariamente como filho outra pessoa pelo menos 16 anos mais nova.”³

A doutrina enxerga aspectos mais avançados, tendo em vista a finalidade do instituto e mesmo sua natureza. Nesse sentido, a definição de Orlando Gomes:

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

Imitação da *filiação legítima*, tem o instituto a dupla finalidade de oferecer a quem não tem prole um recurso para criá-la artificialmente. Dando expansão a seus afetos familiares e garantir idônea assistência aos menores.⁴

A definição seguinte já prioriza outros aspectos, uma vez plasmada sob a influência de um novo espírito, marcado pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em “ter pena” de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para a solidão⁵.

³ ABLJ – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 32.

⁴ GOMES, Orlando, *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 349.

⁵ Foi amplamente comentado pela mídia – inclusive com algum sensacionalismo – caso de agressão de menor pela procuradora Vera Lúcia de Sant’Anna. A menor estava sob a guarda da procuradora, que pleiteava a sua adoção. Chama atenção o comentário da acusada em entrevista que concedeu à Revista Veja, edição 2166 – ano 43 – n°21, de 26 de maio de 2010, páginas 80 a 81, são suas as palavras “não faria sentido torturar uma menina que cuidaria de mim na velhice, certo?”. Ora, a adoção visa à consecução da dignidade do adotado, para que cresça e se desenvolva em toda sua plenitude. Registra-se, aqui, este comentário sobre o revoltante aconte-

O que se pretende com a adoção é *atender às reais necessidades da criança*, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada.⁶

Em comum aos dois direitos podemos identificar a marca da adoção como uma fonte de relações jurídicas familiares. Verificaremos em momento oportuno que a natureza de tais relações assume diferenças. Já as mudanças de compreensão entre os autores brasileiros será mais bem compreendida a partir da evolução temporal e principiológica do instituto, é o mister que se segue.

Cumprе ressaltar que a visão atual do instituto é resultado de uma longa série de evoluções. Destacam-se, historicamente, não fatos, mas mudanças de concepções, levando o homem a transformações, as mais diversas e profundas. É o que ficará demonstrado através da visão histórica. Já a visão principiológica é resultado de mudanças na forma de interpretação das leis, primando pela efetividade e normatividade dos princípios, sobretudo aqueles abrigados pela Constituição.

1.2 - A ADOÇÃO COMO EXPERIÊNCIA HUMANA

A adoção desafia a estipulação de um termo inicial, um surgimento. Como se manifesta em um sem número de culturas e épocas toma as formas de algo inerente ao humano. O seu aparecimento, como instituto, é anterior ao surgimento de Portugal como estado nacional, remonta à religião dos povos antigos, com seus ritos e crenças tão estranhos e próximos, que explicam diferentes situações, institutos e mesmo crenças atu-

cimento como exemplo dos perigos de visões distorcidas de um instituto que deve abrigar o afeto ou propiciá-lo. Garantias para a velhice são tuteladas em outros ramos do Direito, como o Previdenciário.

⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, *Adoção: doutrina e prática*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

ais, refletindo sua influência tanto no Direito Brasileiro como no Português. Baseada principalmente no culto aos mortos, a religião antiga poderia parecer macabra, mas consistia na imagem cristalina de receios tão humanos como o medo do esquecimento, a ciência da finitude, e o próprio medo da morte.

A pedra angular da religião em tela era a noção de geração, já que faltava àquele povo uma concepção criacionista. Justifica a preponderância da figura paterna, como repositório dos poderes de vida e morte dos seus justamente por deter o condão da geração. Tinha por isso o comando do culto, e também porque prevalecia o gênero masculino: só o homem poderia fazer o culto, pronunciar as fórmulas, realizar os sacrifícios. Todo esse poder fazia com que pesasse sobre seus ombros enormes responsabilidades, voltadas mesmo à continuidade da linhagem e, via de consequência, do culto.

Havia uma perspectiva de vida pós-morte, ligada ainda às necessidades terrenas de abrigo e alimento, representadas então pelo túmulo e pelos sacrifícios. Ora, àquele que não tivesse filhos restava o abandono após a morte, um abandono eterno. Que o pai cuide de ter descendentes, ou ficará condenado à fome e ao abandono, era um mandamento religioso implícito e inescapável.

A necessidade de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. Essa religião, que obrigava o homem a se casar, que facultava o divórcio em casos de esterilidade, substituindo o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferecia, como último recurso à família, um meio de escapar à desgraça tão temida de sua extinção; esse recurso consistia no direito de adotar um filho.⁷

Tal mandamento levou o povo antigo a construções legis-

⁷ COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 58.

lativo-religiosas no afã de conseguir uma solução para a questão da descendência. A mesma voz silente que lhe obrigava a contrair o matrimônio lhe permitia o divórcio em caso de esterilidade.

Da mesma forma foi edificado o instituto da adoção, como uma solução para aqueles que pela natureza foram impossibilitados de ter filhos e já se sentiam resvalar para os desvãos do abandono eterno. É mister ressaltar que a força do vínculo religioso era de tal magnitude que, inserido no culto do pai adotivo, o filho não poderia mais participar do culto da família de sangue, não poderia sequer participar dos funerais de seu pai biológico.

Caminhando por sobre a linha temporal chegamos ao direito romano, responsável por operar significativas mudanças no instituto aqui tratado. Preservando ainda aquele sentimento religioso numa angústia premente da morte somou-se uma noção política e até econômica, quais sejam, a doção como meio de aquisição da cidadania e como meio para transferir mão de obra para a família do adotante. Versa sobre isso José Cretella Júnior:

Grande importância tem a adoção, entre os romanos, servindo, entre outras coisas, *para dar herdeiro a quem não os tem*, por motivos de família (continuação dos *sacra privata*) ou políticos (assegurara sucessor ao príncipe, como no caso de Justiniano, adotado por Justino); *para transformar plebeus em patrícios*; *para atribuir o “jus civitatis” a um latino*.⁸

Já na Idade Média há maior mudança. Rompeu-se totalmente aquela base religiosa fundada numa noção de geração para dar lugar ao criacionismo. Todos os aspectos da religião antiga cercados de misticismo dão lugar a novas crenças e no-

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 90.

vos comportamentos permeados pelo Cristianismo.

Tal reformulação passou, inclusive pelo modelo familiar. O anterior, patriarcal, era adaptado àquele culto antigo, justificava todo o poder do *pater*, mas em tudo se distancia do modelo nuclear da família de Cristo, e ao caráter sagrado do matrimônio, com a finalidade única de procriação. Passa a adoção de um desuso gradual ao desaparecimento durante esse período histórico.

Em Portugal a Carta Régia de 1543 atribuiu a função de proteção às crianças chamadas “filhas de ninguém” à Santa Casa de Misericórdia de Lisboa. Naquele contexto eram comuns abandonos motivados moral e socialmente em tentativas de ocultar a maternidade.

Aproximando-se dos tempos mais recentes ressurgiu a adoção. Um dos marcos legislativos desse acontecimento foi o Código Civil Francês, de Napoleão. Mas o uso efetivo do instituto só foi retomado depois da Primeira Guerra, dada a preocupação com a orfandade gerada pelo conflito.

Vigorava em Portugal o Código Civil de 1867, chamado Código de Seabra, que sequer mencionava o instituto da adoção, ressurgindo com o Código de 1966 e com o forte clamor social devido ao grande número de órfãos das duas grandes guerras. O Código leva em consideração a proteção à criança desprovida de meio familiar, privilegiando seu interesse.

No Brasil se distinguem duas fases, tendo como marco divisor o Código Civil de 1916. Em momento anterior restavam em vigor as ordenações portuguesas, não obstante a sua revogação em Portugal. Destarte a legislação se encontrava divorciada da realidade fática, por anacrônica e deslocada que era. A proteção ao menor tinha inspiração meramente caritativa e extraoficial.

Descreve o ambiente da elaboração do Código, Orlando Gomes em seu livro *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Especificamente sobre os temas de direito

de família menciona a influencia do privatismo doméstico.

O Código incorpora certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar. Muitos preceitos, por outro lado, estão impregnados desse sentimentalismo tão próprio do temperamento brasileiro, que conduz à “benignidade jurídica”, exaltada por Clóvis Beviláqua como a causa do abrandamento da dureza de certas disposições do Direito português.⁹

Quanto ao instituto da adoção houve críticas. Alguns parlamentares consideravam-no antiquado ou desnecessário naquele momento. Clóvis Beviláqua, autor do projeto, manteve o instituto, convicto de que teria ainda uma importante função social a desempenhar, nos dizeres do autor, uma função valiosíssima.

Não se trata simplesmente de encontrar um continuador da família; nem, por outro lado, nos devemos arrepear de que pela adoção se possam perfiar adúlteros e incestuosos. Se somente para esse fim servisse a adoção, já seria de alta valia o seu préstimo. O que é preciso, porém, salientar é a ação benéfica, social e individualmente falando, que a adoção pode exercer, na sua fase atual. Dando filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolve sentimentos afetivos do mais puro quilate, e aumenta, na sociedade, o capital de afeto 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

⁹ GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

pertencem¹⁰

O Código Brasileiro cuidou da adoção em seu Capítulo V, Título V do Livro de Família, artigos 368 a 378. Dada sua longa vigência e o caráter restrigente da redação original muitas foram as alterações de redação a partir de 1957. Quanto ao rígido sistema original, exigia do adotante a idade mínima de cinquenta anos e uma diferença de dezoito anos entre ele e o adotado entre outros requisitos. Criava tantos empecilhos que as reformas seguintes cuidaram de abrandar-lhe as exigências.

A Lei 6.697/79 instituiu o Código de Menores, que marcou profundas mudanças tais como divisão da adoção em simples e plena – aquela referente aos menores até 18 anos, exigindo estágio de convivência, alvará e escritura pública, e esta (plena) atribuía ao adotado a condição de filho, era irrevogável. Exigia esta lei que os adotantes fossem casados há mais de cinco anos. Foi também a primeira lei a abordar a questão da adoção por estrangeiro.

Também Portugal teve sua transição de um sistema rígido, pleno de exigências para um abrandamento na Reforma de 1977. Tal marco influenciou inclusive no aumento do uso do instituto, anteriormente raro na prática.

As evoluções históricas dilapidaram o instituto, alterando suas feições de acordo com cada cultura, mostrando que não é o Direito um elemento histórico, é, sim, dotado de historicidade, já que, ao mesmo tempo em que condiciona a História, é, por ela, condicionado¹¹.

¹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume II*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954. p. 270.

¹¹ “[O] Direito Civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural em que predominam as notas da historicidade e da continuidade. Historicidade no sentido de que se veio formando gradativamente, desde os primórdios da civilização ocidental, até se transformar em um dos mais importantes ramos da ciência. Continuidade, pelo fato de ter-se mantido como processo constante e de certo modo uniforme na maneira de solucionar os problemas jurídicos que lhe são próprios, revelando a existência de princípios fundamentais a orien-

1.3 - PRINCÍPIOS

A palavra princípio encerra, no seu centro de significado, a ideia do começo, do ponto de partida. Essa é noção elementar inescapável ao se falar de princípios em Direito. “A grande força dos princípios provém de sua capacidade de investigar as fontes primárias de criação dos modelos jurídicos.”¹²

A noção de Direito Civil atrelada tão só aos códigos foi superada, dando lugar a um novo paradigma. Renovados pela Constituição Federal de 1988 todos os institutos civis passam a ser informados pelos princípios constitucionais¹³, dos quais se espera a *máxima eficácia possível*. À medida que a Constituição ganha força normativa, a distinção entre os princípios e as

tar a gênese e a aplicação de suas instituições”. AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 108.

¹² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

¹³ Gustavo Tepedino comenta a atividade do intérprete diante dos novos rumos traçados pela Constituição, ainda no começo de sua vigência, em aula proferida em 1992 e posteriormente editada. Trata-se, em última análise, da chamada constitucionalização do Direito Civil. “Pode-se dizer, portanto, que na atividade interpretativa o civilista deve superar alguns graves preconceitos, que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode imaginar, no âmbito do direito civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão “carta política”, porque suscita uma perigosa leitura que acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação, destituindo-a de seu papel unificador do direito privado. O civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses – patológicas e extremas – de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e revisar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição.” TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18 – 19.

regras deixa de ser uma preocupação meramente classificatória.

Não interessa neste trabalho dissecar todos os pormenores das distinções e classificações, mas evidenciar o que se pretende dizer por maior eficácia possível. Ao buscar diferenciar os princípios das regras Alexy chega ao conceito de mandamento de otimização¹⁴. Por esse conceito se obtém que princípios são normas que se devem aplicar da melhor forma possível. É nesse sentido que Sarlet¹⁵ busca compor o problema da efetividade dos direitos fundamentais, tomando o mandamento contido no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição como um princípio, a ele aplicada a ideia de um mandamento de otimização, ou seja, a ele será dada a maior realização que for possível. Assim, ficam, também, elucidadas as diferenças entre as duas categorias normativas, tomada a norma como um gênero, encampando suas duas espécies: as regras e os princípios¹⁶.

A Constituição, dessa forma, envolverá todo o ordenamento jurídico, valendo-se, para isso, das possibilidades novas trazidas pela força normativa e pela configuração de um siste-

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

¹⁵ “No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente ditos, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaional”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 459.

¹⁶ “Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas sempre por completo. O grau de realização dos princípios ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro”. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

ma composto por normativamente por regras e princípios¹⁷. Assim, os princípios servem, também, à melhor adaptação do direito ao caso concreto¹⁸. Não se pretende afirmar que o sistema jurídico se amoldará a qualquer situação ou que o sistema perdeu sua força e caráter regulatório para uma perspectiva apenas legitimadora. Na verdade, o sistema jurídico ganha flexibilidade maior – não total – para melhor atender (máxima efetividade possível) àquele seu fundamento da dignidade da pessoa humana¹⁹.

Dessarte, tratar de qualquer instituto demanda a visão dos princípios que lhe são informadores. Entendida a adoção como meio de permitir a formação de um vínculo paterno-filial que transcenda o aspecto civil temos a manifestação do princípio

¹⁷ “Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120 – 121.

¹⁸ “Os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda sua extensão e abrangência.” ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45-46.

¹⁹ “A relevância do entendimento dos princípios fundamentais da Constituição como efetivas normas constitucionais parece irretorquível. Por serem mais genéricos que outras normas inseridas no corpo legislativo, têm a máxima abrangência no ordenamento, além de serem o maior substrato do ordenamento jurídico. Ao se fazer concretos os preceitos constitucionais, devem ser observados os princípios, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade. [...] O que deve vingar é o entendimento de que os princípios constitucionais fundamentais valem como lei constitucional e possuem eficácia jurídica positiva ou simétrica, pois criam direito subjetivo ao cidadão. E para tanto, é que se reclama a hermenêutica concretizadora que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana”. LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade da contemporaneidade: a repectuação semântica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010. p. 88.

implícito: o afeto. Caminhando além, percebe-se que o reconhecimento do afeto como princípio é resultado, principalmente, de dois fortes movimentos que operam atualmente: a constitucionalização e a repersonalização do Direito Civil. Tais movimentos refletem a efetivação de outro princípio, na verdade o princípio maior, que fundamenta todo o sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Há discussão sobre o enquadramento do afeto no sistema jurídico. Os entendimentos se alternam entre a ideia de um princípio implícito, obtido pela via hermenêutica, ou um valor jurídico. Ora, tal discussão representa um problema de elevada complexidade. No entanto, primando ao aspecto teleológico, temos que é inegável a presença, seja como valor, seja como princípio²⁰, do afeto para reconhecimento de relações familiares, sobretudo àquelas que extrapolam os vínculos de consanguinidade. Assim, a pretensão de compreender a adoção em qualquer parte do mundo perpassa, por obrigatório, a compreensão desse ingrediente fundamental às relações familiares que é o afeto.

Encontre sua sede, seu resguardo, na Constituição Federal de 1988 ou mesmo nas novas possibilidades dadas pela ciência, a família afetiva é, hodiernamente, o ente apto à formação do indivíduo como pessoa, sujeito de seus direitos. Esta é a voz predominante da doutrina e dos tribunais, independentemente de qualquer aspecto formal ou meramente classificatório.

Nessa mesma linha temos que o reconhecimento do afeto

²⁰ As limitações impostas a este trabalho não permitem explorar com a profundidade necessária a questão sobre o enquadramento do afeto como um princípio ou um valor. “Em outras palavras, os valores são axiológicos; já os princípios são deontológicos, ou seja, normativos. Tornam-se verdades jurídicas, pois possuem a capacidade de oferecer critérios para a tomada de posições.” ROSENVALD, Nelson. Op. Cit. p. 49. Sobre a crítica ao “panprincipiologismo” Cf.: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

figura entre as semelhanças do Direito de Família Brasileiro e Português. Assim, tanto a adoção quanto a *adopção* reconhecem em sua função a presença de um laço de afeto. Tal característica comum está voltada ao objetivo do instituto, aproximando os institutos aqui comparados quanto à finalidade nobre de que se revestem. Pelas linhas dos seus teoremas fazem com que o débito de afeto das crianças e jovens que não têm amparo familiar seja somado ao vigoroso saldo de carinho e boa vontade daqueles que buscam adotar. Trata-se de equação favorável a toda a sociedade.

Tal reconhecimento do afeto demanda duas compreensões: a dignidade da pessoa humana e a chamada “repersonalização”²¹ do Direito Civil, relacionadas, tais ideias, como causa

²¹ Luiz Edson Fachin faz referência ao civilista português Orlando de Carvalho, no que tange à repersonalização, cumpre trazer à colação. “É neste sentido que se julga oportuna a “repersonalização” do direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha -, isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Sem essa raiz um tal direito é ininteligível, não tanto porque o grosso das instituições civilísticas apela ainda para a autonomia da vontade, pelo menos na forma da liberdade de conclusão, mas principalmente porque o civismo ou civilismo é uma idéia que ou já não tem qualquer nexos ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa ... o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores ... É esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mais ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam -, é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o foyer da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples ... Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil.” CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90 – 93. *Apud* FACHIN, Luiz

e efeito. O Direito não vê mais aos indivíduos como integrantes da família dando a esta sua preponderância. A visão consentânea tem, na família, o meio de realizar o indivíduo em sua plenitude. Tal realização será inexoravelmente refletida em toda a sociedade, pela via de consequência.

Desse modo, o Direito Civil muda o centro de sua órbita, sai o patrimônio e surge a pessoa²². A chamada repersonalização do Direito Civil demonstra o acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento do afeto é uma consequência desse processo. Luiz Edson Fachin descreve de forma cristalina o princípio que fundamenta o ordenamento jurídico atual.

Dignidade da pessoa é princípio fundamental da República federativa do Brasil. É o chamado de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda uma ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo

Edson, *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 246 – 247.

²² A repersonalização do Direito Civil revela, inclusive, que a fronteira entre público e privado já não tem a mesma nitidez de outrora. Porém, apesar dessa confluência, tais categorias não deixaram de existir, como bem demonstra Gustavo Tepedino. “O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como quisera o Código Civil de 1916, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional.” TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 21.

ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo o preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.²³

Uma das facetas do processo emancipatório desencadeado pelo princípio da dignidade humana levando à “repersonalização” do Direito Civil é o reconhecimento de novos arranjos familiares e na visão do instituto da adoção como meio eficaz de propiciar a convivência familiar. Permitir que a pessoa tenha uma família é lhe assegurar vida, saúde, alimento, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e, sobremaneira, a convivência familiar e comunitária, além de lhe deixar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Isso deve ser garantido na família natural e, se isso impossível, numa família substituta.

É certo que a família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor gravará, para sempre, seu futuro. Outra não foi a intenção da *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, que firmou, no Sexto Princípio, que a criança precisa de amor e compreensão e, sempre que possível, será criada sob os cuidados e responsabilidades dos pais, num ambiente de afeto e segurança moral e material; e somente em circunstâncias excepcionais a criança será separada da mãe.²⁴

Há que se mencionar ainda a possibilidade dada pela ciência de se planejar o momento ideal para ter filhos, sendo, inclusive, comuns os casos dos casais que optam por não terem. Todas essas situações reforçam a visão de que os vínculos

²³ FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 179, 180.

²⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Manual de Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

que se prestam à união dos membros de uma família são marcas de afeto, transcendendo os laços do sangue, ou mesmo os laços formais do registro.

José Afonso da Silva²⁵ faz menção à paternidade responsável, que somada à dignidade da pessoa humana justificariam o planejamento familiar. Tornou-se possível, pela evolução dos métodos contraceptivos, que o casal encontre o momento ideal para atender tanto material como afetivamente às demandas da pessoa que nasce. Ajuda ainda a conciliar à paternidade os outros aspectos relevantes da vida do indivíduo, como carreira, condição material, disponibilidade de tempo, já que todos esses fatores compõem-se sempre somados em intrincados arranjos a influenciarem-se mutuamente.

A questão do afeto está intimamente relacionada ao ambiente criado pelo planejamento familiar. João Batista Vilella²⁶ menciona a existência de uma nova família, oriunda da revolução nas relações humanas propiciada pela possibilidade do controle da concepção. Ocorreu, assim, uma dissociação da atividade sexual e da procriação em duas frentes: tanto é possível a atividade sexual sem que resulte gravidez como é possível a reprodução sem anterior atividade sexual.

Tal fato influi nas famílias e, sobremaneira, na relação paterno-filial. Se a gravidez pode ser planejada, pelo menos em tese será quando haja predisposição dos pais para essa nova realidade, criando-se a condição de fertilidade para a germinação do afeto. O mesmo ambiente está presente quando da adoção, já que os adotantes procuram tal situação, habilitando-se.

Assim, as linhas gerais do instituto têm, nos direitos que comparamos, as mesmas linhas, aos dois é sabida a vocação de

²⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 776.

²⁶ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21, maio de 1979. p. 413.

cuidar de um afeto. Nas questões práticas residem as diferenças, é o que será demonstrado.

2 – COMPARAÇÕES

2.1 - A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Adotar é ato personalíssimo, daí decorre a vedação do uso de procuração para adotar, como é uso de outros atos, o casamento por exemplo. Além disso, é ato irrevogável, por isso, também, excepcional, rompendo totalmente o pátrio poder anterior. Por todos esses motivos é exigido o procedimento judicial específico, através do qual, e unicamente por ele, será constituída a adoção.

Seus efeitos ocorrem a partir do trânsito em julgado da sentença. Só serão admitidos efeitos retroativos, ou *ex tunc* quando se tratar de adoção *post mortem*, também chamada nuncupativa, caso em que os efeitos retroagirão até a data do óbito da pessoa que demonstrou inequívoca vontade de adotar, mas faleceu no curso do processo.

Porém, ao adotado não é negado o conhecimento de sua origem biológica, ou seja, o direito de saber seus ascendentes consaguíneos. O que se busca é respeitar o direito que a Constituição encerra à identidade. Tal direito deve ser exercido através de ação judicial que seguirá o mesmo rito da investigação de paternidade, diferente apenas no fato de que já há estado de filiação corroborado, inclusive, no registro. Vale notar que, sendo ação se estado, é imprescritível.

Tal desligamento da família biológica é compensado pela plenitude de direitos e deveres na família que o adota, em perfeita igualdade com os outros filhos, se houver, ou seja, como se biológico fosse. Pode-se assim alterar o sobrenome do adotado e, além disso, seu prenome. Sobre tal alteração, se possível, o adotando será ouvido e sua manifestação levada em con-

sideração.

São estabelecidos, ainda, requisitos com relação às pessoas envolvidas no processo. São requisitos que, em última análise, visam a garantir que se chegue aos efetivos fins do instituto, sem desvios perniciosos de sua nobre vocação.

Quanto à pessoa do adotando, aquele que se encontra em processo de adoção por outra pessoa, exige-se sua idoneidade. Também se exige que haja motivos legítimos, evidenciando uma situação volitiva: o adotante quer ter a pessoa do adotando como filho. É uma menção silenciosa ao afeto que será, de fato, a substância do laço que une os envolvidos em tal processo. Na mesma esteira, um pouco adiante, exige-se que a adoção configure real vantagem ao adotando. Tal vantagem se constitui na efetivação das perspectivas constitucionais, o que se realizará através da convivência familiar em ambiente adequado à formação da pessoa.

Será levada em conta, também, a capacidade do adotante, deve ser maior de dezoito anos e contar a mais que o adotando, pelo menos, dezesseis anos. Porém, quando a adoção é feita por um casal, é possível que apenas um deles preencha tal requisito. Como ficou demonstrado na visão histórica do instituto, este foi um dos requisitos que mais sofreram alterações. A exigência de, no mínimo, cinquenta anos de idade para o adotante (redação original do Código de 1916) consistia num requisito extremamente rigoroso, sobretudo na realidade em que vigorou, com expectativas de vida menores que as atuais.

Hipótese há, em que se inicia o processo de adoção antes de desconstituir o poder familiar dos pais biológicos, nesse caso é mister o consentimento dos pais, não obstante o caráter personalíssimo e irrenunciável do poder familiar. A destituição do poder familiar poderá aparecer de maneira incidental no próprio processo de adoção. Ainda sobre consentimento, será exigido, também, do adotando, quando maior de 12 anos, ou seja, quando adolescente, na sistemática do Estatuto. Quando

possível, também as crianças poderão ser ouvidas.

O não consentimento do adotando, por si só, não seria óbice ao deferimento da medida. É evidente que o juiz, nesta hipótese, deve se aprofundar no exame de todo o conjunto dos vários elementos existentes nos autos para sopesar as verdadeiras causas, podendo, no entanto, firmar livremente a sua convicção. Vencidas as etapas do procedimento adotivo, no plano da estrita legalidade, remanesce certa margem de discricionariedade ao juiz para apurar das “reais vantagens” da adoção, considerando sempre a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências da medida.²⁷

Outro mecanismo inserido no processo visando à proteção do adotando é a exigência de estágio de convivência, deixando sua delimitação temporal a cargo do juiz na análise do caso concreto. Torna-se dispensável este estágio nos casos em que o adotando já estiver em companhia do adotante, sendo possível, destarte, avaliar a convivência. Cumpre ressaltar que esse intervalo não serve para que o adotante se decida sobre querer mesmo adotar, através de um período de convivência com o adotando. Nessa etapa a vontade de adotar já deve se consubstanciar em certeza.

As modificações trazidas pela lei 12.010/09 (anexo I) determinam o acompanhamento do estágio de convivência por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude. Todas essas medidas não constituem burocracias, não têm índole procrastinatória, visam à realização plena dos adotandos, tratando-os não como protegidos, mas como sujeitos do direito constitucional à dignidade. O papel do Ministério

²⁷SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 197

Público está ligado a essa promoção, não como atribuição apenas dos promotores ligados às Varas da Infância e Juventude, mas como um dever institucional.

No mesmo sentido vêm os impedimentos, sendo vedada aos ascendentes e irmãos, bem como ao tutor ou curador, a possibilidade de adotar, visando à manutenção da ordem natural da paternidade. Ora, já havendo vínculo de parentesco não faz sentido a constituição de outro.

Há que se mencionar ainda a questão dos cadastros. A lei determina a manutenção de um cadastro de crianças em condição de serem adotadas e outro de pessoas interessadas em adotar e, nesta lista, é necessária preparação antes da inscrição, como uma habilitação. A autoridade central estadual será a responsável pela manutenção de tais cadastros, em comunicação com a autoridade federal.

Vale insistir que tais medidas demonstram a preocupação do legislador com a realização dos objetivos do instituto. Tais objetivos refletem as intenções superiores, traçadas em sede de fundamentos sob a cláusula da dignidade da pessoa humana. Fica patente a consonância do Direito Civil com as premissas constitucionais. Observa-se, a partir do instituto da adoção, a criação de várias medidas no sentido de proteger e dignificar seus destinatários, ou seja, crianças e adolescentes.

Em última análise os referidos mecanismos vão garantir que a família substituta propicie, de fato, um ambiente fértil para o desenvolvimento de uma personalidade de maneira digna. Apesar dos elogios há que se mencionar que as intervenções do Estado no âmbito da família devem ser otimizadas, de maneira que se possa obter a melhor intervenção, conseguindo o máximo de sua finalidade com a menor ingerência possível nesse ambiente tão íntimo.

2.2 - A ADOÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

A adopção, na dicção do Código Civil de 1966, é entendida como fonte de relações jurídicas familiares, constitutiva de vínculo paterno-filial, com alguma diferença, porém, com relação ao parentesco oriundo da consanguinidade.

O art. 1586º dá a noção de adopção: esta é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos arts. 1973º e segs. Por oposição ao parentesco *natural*, que é o verdadeiro parentesco, a adopção é assim um parentesco *legal*, criado à semelhança daquele. Não quer isto dizer, porém, que se trate de uma *ficção* da lei. O que acontece é que a adopção assenta em *outra verdade*, uma verdade afectiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco.²⁸

Demonstra-se, ainda, a diferenciação feita entre o vínculo sanguíneo e o adoptivo pelo próprio uso do termo *filiação* como referência, tão só àquela biológica, real ou presumida, sendo pouco utilizada a expressão *filiação adoptiva*. Tal aspecto demonstra estranheza em relação à adoção (Brasil). No entanto, a adopção demonstra, também, semelhanças. Em desuso desde o século XVI, sua revitalização é atribuída às mudanças de compreensão a cerca do instituto.

Este novo interesse pela adopção corresponde, de resto, a uma modificação radical no espírito do instituto, o qual, centrado antigamente na pessoa do adoptante e a serviço do seu interesse de assegurar, através da adopção, a perpetuação da família e a transmissão do nome e do património, visa hoje servir sobretudo o interesse dos menores desprovi-

²⁸ OLIVEIRA, Guilherme *et* COELHO, Francisco Pereira. *Curso de direito de família*, volume II. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 262.

dos de meio familiar normal.²⁹

Há, para o Direito Civil Português, duas modalidades de adoção, quais sejam a plena e a restrita, sendo possível que esta última se converta em plena. Há a possibilidade, também, de figurar como adotante ou um casal (adoção conjunta), não sendo o casamento um requisito, basta a união, ou uma pessoa, casada ou não (adoção singular).

Quanto à adoção por casais do mesmo sexo há o entendimento de que não atende aos interesses do menor, contrariando, assim, a orientação do instituto. No entanto, na adoção singular o fato de ser o adoptante homossexual não é motivo bastante para indeferir-lhe o pedido.³⁰ Existe, ainda, situação chamada por “dação de nome”, consiste na atribuição ao menor dos apelidos do marido da mãe. É situação distinta das modalidades de adoção.

Como requisitos há aqueles que servem às duas modalidades de adoção, como o oferecimento de vantagens ao adoptando, existência de motivos legítimos, que não sacrifique injustamente outros filhos do adoptante e que haja elementos de convicção de que se desenvolverá um laço de afeto. Vale lembrar que tais requisitos são cumulativos, devendo ser todos plenamente satisfeitos para que se aperfeiçoe a adoção. Nesse quesito residem mais semelhanças que diferenças entre os institutos que se comparam. Apenas quanto à exigência de que a adoção não sacrifique injustamente os filhos do adoptante diferem os institutos. Pode-se dizer, no entanto, que tal situação, apesar de não expressamente mencionada na legislação brasileira, deve ser considerada em sede do melhor interesse da criança e do adolescente, já que não se fala em melhor interesse do filho do adotante ou do adotando. Serve, assim, a todos envolvidos no caso concreto.

²⁹ *Ibidem*. p. 263.

³⁰ Entre as legislações europeias há previsão de permissão expressa na Holanda e Espanha.

Quanto à vedação à adoção por pessoas que já tenham com o adotando o vínculo de parentesco ou relação não se encontra expressa no Direito Português, mas implícita na exigência de que haja a convicção de que se desenvolverá um vínculo de afeto. Já no Direito brasileiro essa vedação é expressa e lógica, ora, se já existe um parentesco estabelecido não faz sentido a constituição de outro pela via adotiva.

Obtida a confiança e designada a pessoa do adoptante abre-se um período de pré-adoção, não superior a seis meses, acompanhado pelo organismo de segurança social acompanha e avalia a situação do menor através de um inquérito. Tal dispositivo assemelha-se àquele do estágio de convivência acompanhado por equipe multidisciplinar, o que ocorre no Brasil.

O caminho processual começa com uma apresentação de candidatura ao organismo de segurança social. O organismo procurado deve ser aquele vinculado ao local de residência do candidato. A cargo desse organismo fica o registro e o estudo da pretensão. A resposta tem prazo de seis meses e, se negativa, deve indicar a possibilidade recursal, devidamente identificado o tribunal competente. Também cabe ao organismo a gestão de cadastros de crianças em situação de serem adoptadas.

A questão da confiança analisa-se nos âmbitos administrativo e judicial, o primeiro é obtido pela decisão do organismo de segurança social, já a segunda é de competência do tribunal de família e menores da área de residência do menor, seu requerimento é de legitimidade do ministério público, o organismo de segurança social, pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado entre outros, isso ocorre quando não existam ou estejam seriamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação.

Por se tratar de um processo de jurisdição voluntária, a adoção prescinde de constituição de advogado, exceto em fase recursal. Proferida a sentença que constitui o vínculo será esta

averbada no registro civil. Mantêm-se, no entanto, os impedimentos matrimoniais entre adotado e sua família natural. Os processos de adoção têm sempre caráter urgente e secreto. Todas as certidões emitidas visando a esse processo serão gratuitas.

Partindo para a análise dos pormenores da adoção plena, observamos que a lei portuguesa não arrola, dentre os requisitos, o consentimento do adoptante, já que todo o processo tem início numa manifestação de vontade sua, dela se depreende um consentimento. Qualquer vício nesse consentimento dá ensejo não à nulidade ou anulabilidade, mas a uma revisão apenas. De acordo com as especificidades do caso serão necessários outros consentimentos, envolvendo os pais naturais do adoptando, do adoptando maior de 12 anos, entre outros.

Quanto à capacidade, ao adoptante impõe um limite máximo e um limite mínimo, a data de referência é aquela em que o menor é confiado ao adoptante. O limite máximo é 60 anos. Há outra especificidade, após os 50 anos de idade do adoptante sua diferença de idade com o adoptando não poderá ultrapassar 50 anos, salvo raras exceções. Claro que tal situação não se aplica se o adoptando foi filho do cônjuge do adoptante. Já o limite mínimo é de 25 anos na adoção conjunta e 30 na singular.

Como efeito da adoção plena temos a aquisição da situação de análoga à de filho, com a integração na família do adoptante, inclusive com impedimentos matrimoniais. Via de consequência extinguem-se os laços entre o adoptando e sua família natural, mantidos os impedimentos matrimoniais, tal desligamento justifica, ainda, a retirada dos apelidos da família natural.

3 - PATERNIDADE, FILIAÇÃO E ADOÇÃO

O fato biológico da reprodução: o nascimento de uma

criança como consequência de anterior atividade sexual, é objeto da regulação do sistema jurídico, criando relações entre a criança que nasce e seus genitores. Assim, a geração cria um vínculo jurídico entre a criança e os genitores³¹, tendo como substância a consanguinidade³². Tais vínculos recebem o nome de paternidade, com relação ao genitor, de maternidade com relação à genitora³³ e filiação quanto à criança. Tais vínculos são formalizados através do registro, visando à publicidade.

Temos, no entanto, que pelo Direito de Família atual, não só o fato biológico é fonte dessas relações, também o afeto tem o condão de criar relações reconhecidas e amparadas pelo Direito. De fato, muitas são as situações práticas em que se vê a paternidade do registro distinta da verdade biológica e outro ainda sendo o laço de afeto. Claro que seria ideal que as três situações recaíssem no mesmo sujeito: o pai biológico constante no registro e afetivamente ligado ao seu filho. No entanto, a realidade não se demonstra sempre tão favorável, restando muitas vezes a questão de quem é o *verdadeiro* pai.

Na verdade é difícil estabelecer qual o critério que melhor atende às demandas da criança, da lei e da ordem. Como se estabelecerá um peso para cada um desses critérios – registro, afeto e consanguinidade? Passa-se de largo por esta questão, pela sua complexidade, envolvendo noções de psicologia inclusive, mesmo porque sua resposta não compreende o objeto deste trabalho. Dentre as distorções com relação ao tema aqui

³¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume II*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954. P. 233.

³² “A família consanguínea, primeira etapa da família. Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo”. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 41.

³³ De maneira genérica: paternidade.

exposto tem-se a chamada adoção à brasileira. Consiste no ato de registrar criança, como se pai fosse, mesmo ciente de que não o é.

Quanto à adoção, se constitui em situação em que pessoas habilitam-se para um processo complexo e muitas vezes demorado, isso demonstra um forte elemento volitivo. Assim, pode-se dizer que vontade constitui um facilitador da formação de relações de afeto entre adotante e adotado.

Para o Direito Brasileiro a adoção consiste em uma forma de criação do vínculo paterno-filial, deveras a paternidade adotiva revela, como se demonstrou, pela sua força volitiva, enorme carga de afeto. Também haverá o registro, conforme determinam as regras processuais da adoção. O aspecto que falta à adoção, e que justifica mesmo a sua existência, é uma ligação biológica. Para Clóvis Beviláqua a “*adoção é o ato civil, pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.*”³⁴

Ora, tal situação pode ser analisada de duas formas, a adoção existe para formar ou formalizar um laço paterno-filial entre aqueles que não o têm biologicamente. Mas também àqueles pais biológicos, diante do nascimento da criança podem adotá-la, num sentido de acolhimento, como assevera Renato Maia.

O homem tem opção diante dos fatos que levam ao nascimento de uma pessoa e igualmente pode optar após o nascimento em portar-se em relação a ela de modos vários, que vão desde adotá-la como sua até mesmo rejeitá-la.³⁵

Justifica-se, assim, a diferenciação entre paternidade e

³⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume II*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954. P. 270

³⁵ MAIA, Renato, *Filiação paternal e seus efeitos*. São Paulo: SRS Editora, 2008. P. 170.

procriação, colocadas por João Batista Vilella³⁶ como categorias distintas. O ato da procriação envolve tão só o ato sexual e a capacidade para sua realização, algo momentâneo. Já a paternidade envolve outros fatores, de maior complexidade e duração. Aos pais cabem funções ligadas à formação do filho como pessoa, através de um processo longo e árduo, composto de incentivos, interdições e, principalmente, afeto.

Resulta essa noção da evolução da função do pai no seio da família, passando de um chefe centralizador com poderes absolutos sobre os seus, noção mais fundada em direitos do pai. Evoluído o conceito de pátrio poder para poder familiar, devido ao mandamento constitucional de igualdade e à prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, como estabelece o ECA. Assim, é fácil perceber que o adotante, não obstante o fato de não ter atuação alguma no ato reprodutivo pode, sim, ser pai efetivamente.

Já para o Direito Português não se pode falar em relação paterno-filial oriunda de um processo de adoção. Entre adotado e adoptante surge, tão só, uma relação comparada ou semelhante à filiação. Assim, resta esta derradeira comparação como uma demonstração, dentre outras, do passo adiantado em que se encontra o Direito de Família Brasileiro com relação ao Português.

Ora, de que valeria a efetividade dos direitos fundamentais, de que valeria a mudança no entendimento do papel da família, num processo tão longo de constitucionalização, despatrimonialização e repersonalização, levando, enfim, à igualdade material³⁷ dos filhos, de que valeriam todos esses processos se ao final colocarmos a criança, demanda premente do afeto familiar, numa qualidade de não-filho, mero quase-filho

³⁶ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21, maio de 1979. P. 403.

³⁷ Transcendente de um aspecto meramente formal e marginalizante.

ou semelhante-ao-filho?

Num contexto em que se discute a efetividade dos direitos fundamentais e se reconhece a força normativa da Constituição, abarcando e funcionalizando inclusive os institutos de direito privado, percebe-se que a adoção não fica indiferente a essa realidade. Assim, tem-se a adoção como instituto apto a promover a efetividade dos direitos fundamentais³⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, após a investigação do conceito do instituto da adoção, seus aspectos históricos, demonstradores de uma longa experiência da humanidade, quase inerente, pode-se dizer, à fragilidade do início da vida. Além: passando pela compreensão dos princípios, efetivos e cogentes, a informar e renovar o Direito Civil como um todo, restou a adoção como simples pretexto à demonstração de um direito privado constitucionalizado e repersonalizado. Inobstante às críticas em torno do papel dos princípios há que se reconhecer que tal reformulação do Direito Civil teve na nova hermenêutica constitucional a propulsão e o sustentáculo.

Já a análise do instituto da adoção numa proposta de comparação entre o sistema pátrio e o português acabara por revelar, na conta das semelhanças, um saldo além do positivo, existentes, claro, as estranhezas. Dentre elas, ressalta-se a diferença no reconhecimento da formação de um *verdadeiro* vínculo paterno-filial, como ocorre no Brasil, havendo, tão só, o reconhecimento de uma semelhança à filiação em Portugal. Tal entendimento não se reveste da igualdade material que o Direito Brasileiro empresta aos filhos adotivos, sendo possível, as-

³⁸ Cf. MAIA, Renato; LIMA, Ricardo Alves de. *Adoção e direitos fundamentais: a adoção como efetivação da convivência familiar*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, n. 58, jan/jun. 2011.

sim, falar-se em *filiação adotiva*, termo pouco usado em Portugal.

O que fica demonstrado, destarte, é que a adoção no Brasil se encontra à frente da adoção portuguesa, uma vez que acompanha o passo de um Direito Civil Constitucional, informado plenamente pelos princípios que preenchem de sentido e significância as finalidades do instituto de promover o melhor interesse da criança e adolescente, propiciando um ambiente apto à realização da dignidade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABLIJ – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume II*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1954.
- CHAVES, Antônio, *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 1ª edição.

- COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____, *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade da contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Manual de Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LIMA, Ricardo Alves de. *A Adoção como instrumento de efetivação do direito fundamental à convivência familiar do menor*. Pouso Alegre: Programa de Iniciação Científica da FDSM, 2009.
- MAIA, Renato, *Filiação paternal e seus efeitos*. São Paulo: SRS Editora, 2008 .
- _____, *Da Horizontalização dos Direitos Fundamentais*. Pouso Alegre: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2008
- _____; LIMA, Ricardo Alves de. *Adoção e direitos fundamentais: a adoção como efetivação da convivência familiar*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, n. 58, jan/jun. 2011.
- MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA, Guilherme et COELHO, Francisco Pereira. *Curso de direito de família*, vol II. Coimbra: Editora Coimbra,

2006.

- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais*, In: A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Coordenadores Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *A Adopção – Regime Jurídico Actual*. Lisboa: Quid Juris, 2007.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROSSATO, Luciano Alves e LÉPORE, Paulo Eduardo, *Comentários à lei nacional de adoção: Lei 12.003 e Lei 12.004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 1ª edição.
- SANTINI, José Raffaelli, *Adoção – guarda – medidas socioeducativas: doutrina e jurisprudência – prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 1ª edição.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA FILHO, Arthur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional*. In: *Direito de família*

contemporâneo. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21, maio de 1979.