

“OS FILHOS DO CORAÇÃO”

Um estudo sobre a adoção

Fernando Augusto Gattini Jr.¹

1. INTRODUÇÃO

Toda pessoa possui uma relação de parentesco com alguém, isto lhe dá direitos e deveres. Tradicionalmente no nosso direito sempre teve maior destaque à filiação biológica, a filiação socioafetiva vinha em segundo plano, mas com o passar do tempo, isto foi mudando e a relação formada no afeto foi criando uma base sólida.

Na filiação socioafetiva a pessoa passa a ser tratada como filho e aqueles pais passam publicamente a prover as necessidades do filho, sua manutenção, educação e, acima de tudo, passam a dar amor e afeto para aquela pessoa que agora eles têm como filho.

O afeto é um elemento indispensável para a formação de toda pessoa e assim fica fácil para se revelar quem efetivamente são os pais. A verdadeira paternidade decorre mais de amar do que fornecer material genético.

Outro aspecto que podemos destacar é a chamada adoção a brasileira, esta se caracteriza quando é feita uma declaração falsa no registro de nascimento da criança, e este continua muitas vezes sendo válido; isto não desestabiliza a convivência familiar.

Portanto, pai é aquele que forma uma relação estabelecida no afeto.

¹ Aluno do Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Fundação Aprender – Varginha, em convênio com o Centro Universitário Newton Paiva.

2. ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE A ADOÇÃO

A adoção de crianças e adolescentes, regulamentada no Código Civil, passou à alçada do Código de Menores, desde 1979. Deste, transmudou-se para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no qual se acha normatizada ainda hoje. Essa será, portanto, nossa fonte de estudo. Analisando a Lei, tentaremos responder a quatro perguntas.

- a) Quem pode adotar?
- b) Quem pode ser adotado?
- c) Como adotar?
- d) Quais as conseqüências da adoção?

Quem pode adotar?

Podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil, desde que sejam 16 anos mais velhos que o adotando.

Além disso, a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando, e fundar-se em motivos legítimos.

Por exclusão, chegaremos aos que não podem adotar: os menores ou incapazes, ou aqueles que não sejam 16 anos mais velhos que o adotando. Além destes, a lei faz ressalva expressa ao proibir de adotar os ascendentes e irmãos do adotando.

Não será concedida adoção a mais de uma pessoa, a não ser que sejam casadas ou vivam em união estável.

As pessoas divorciadas ou separadas judicialmente poderão adotar em conjunto, desde que o estágio de convivência se tenha iniciado durante o casamento.

Quem pode ser adotado?

A segunda pergunta é de simples resposta. Toda criança ou adolescente, que não seja irmão ou descendente do adotante, poderá ser adotado, desde que tenha, no máximo, 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante.

Como adotar?

Em cada comarca há registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar. A comissão estadual judiciária de adoção deverá manter, outrossim, registro centralizado de estrangeiros interessados em adoção.

É a partir desses registros que todo o processo deverá ter início. A adoção, em si, depende do consentimento dos pais ou tutor do adotando, salvo quando os pais houverem sido destituídos do poder familiar ou quando sejam desconhecidos, casos em que será dispensado o consentimento. Tratando-se de adotando maior de 12 anos, será também necessária sua anuência.

A adoção será sempre feita por meio de processo judicial, que tramitará perante o Juizado Especial da Infância e da Juventude. Assim, o vínculo da adoção constitui-se por sentença, que será inscrita no Registro Civil.

A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que o Juiz fixar, observadas as peculiaridades de cada caso. Este estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um de idade ou se, qualquer que seja sua idade, já estiver em companhia do adotante durante tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do país, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de, no mínimo, trinta dias, quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

A propósito da adoção por estrangeiro, só será admitida excepcionalmente, quando não houver interessados brasileiros.

O estrangeiro residente e domiciliado fora do Brasil deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis de seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e

convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução por intérprete público juramentado.

Antes de consumada a adoção, não será permitida a saída do adotando do território nacional.

A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Em qualquer caso, a adoção dependerá de consentimento dos representantes legais do menor, a não ser que:

- o menor não tenha pais conhecidos e não tenha tutor;
- os pais tenham sido destituídos do poder familiar, sem que se haja nomeado tutor;
- se trate de infante exposto, ou seja, menor abandonado;
- os pais tenham desaparecido, sem que se haja nomeado tutor.
- se trate de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

O consentimento dos representantes legais poderá ser revogado até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Quais as conseqüências da adoção?

A primeira conseqüência é que, uma vez deferida, a adoção é irrevogável.

Ademais, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, dos filhos consangüíneos, desligando-o de qualquer vínculo com seus pais e demais parentes de berço, salvo os impedimentos matrimoniais (Constituição de 1988, art. 1.626).

Importante ainda, é ressaltar que a morte dos adotantes não anula a adoção, nem restabelece o poder familiar dos pais naturais.

3. O ESTADO DE FILHO NA DOCTRINA

Adoção segundo o Código Civil

A adoção dos maiores de 18 anos continuará regida pelo Código Civil, que, aliás, cuidou apenas de adequar suas regras à normativa constitucional, não apresentando diferenças significativas em relação ao já estudado.

Algumas poucas novidades foram, porém, introduzidas, mesmo em relação à adoção de menores. Quanto à adoção de maiores, o procedimento será também judicial, com a participação do Ministério Público.

A doutrina divisa os elementos capazes de caracterizar a posse do estado de filho, como sendo *tractatio*, *nominatio* e *reputatio*.

A *tractatio* reside no fato de o filho ser tratado pelo pai como tal, ou seja, enviando esforços no sentido de educá-lo e protegê-lo, e note-se que, nas filiações não-biológicas, podemos dizer que a iniciativa da aproximação parte, amiúde, do pai, que também busca e obtém desse relacionamento suas compensações afetivas.

O segundo elemento caracterizador da posse do estado de filho seria a *reputatio*, que ocorre quando o perfilhado desfruta perante a sociedade da fama de ser filho ou é apresentado como tal pelo perfilhador.

A chamada *nominatio* ocorre quando o filho leva em seu registro o sobrenome do perfilhador.

Alguns autores contentam-se com bem menos. SANTOS define a posse do estado de filho como “conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o recolhimento da filiação do filho pela família à qual pretende pertencer”.

FACHUN, profundo estudioso do direito de família e das questões de filiação em especial, entende que o só fato de, no recôndito do lar, haver os cuidados na alimentação e na educação, revela a base da paternidade, *verbis*: “Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho”.

Embora não seja imprescindível. O chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade.

A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes.

Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional, e menos fisiológico, “reside antes no cuidado e no serviço e no amor que na procriação”.

A verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva.

Essa verdade socioafetiva estará presente em cada dia da vida do filho, e com base nela que se há de estruturar como ser social, como pai, esposo e filho, enfim, como sujeito de relações jurídicas.

Como se observa, a doutrina vem acatando o conceito de filiação afetiva e fornecendo ricos elementos para a solução jurisdicional dos casos levados a sua apreciação.

4. A FILIAÇÃO DO PONTO DE VISTA SOCIOAFETIVO

Ao mesmo tempo em que as relações familiares são reconhecidas como elemento fundamental no desenvolvimento sadio do indivíduo, o conceito de “investigação” da paternidade foi ampliado para englobar também o que atualmente se entende por “reconhecimento do estado de filiação”, no qual é possível investigar-se não só o vínculo paterno, como também o materno, posto que agora sobre outro prisma: o afetivo, o das relações humanas em toda a sua magnífica complexidade.

Esse ponto de convergência traz à memória exemplar decisão da 8ª Câmara Cível do TJRS que, revestido de profunda e excepcional percepção humanitária, em ação na qual os pais paternos e maternos pretendiam a guarda de

filho menor tido de *cujus* e sua mulher legítima, deu-lhe a tutela à companheira do pai falecido, não obstante a ausência de qualquer vínculo genético com a criança.

Em questão bem mais recente que ganhou destaque na mídia, e, pela notoriedade, prescinde de maiores comentários, temos o caso do menino “Chicão”, filho da cantora Cássia Eller, que teve sua guarda deferida à companheira homossexual da artista, em detrimento do vínculo genético dos avós maternos.

Em ambas decisões, cuja dose de sábia justiça poucos ousam contestar, venceu o forte laço afetivo existente entre a criança e o vencedor da causa ou, na denominação retirada do corpo deste último acórdão, a “mãe afetiva”, cujo vínculo psíquico e sentimental se sobrepôs à perquirição de uma ligação apenas genética, que no caso inquestionavelmente favorecia aos progenitores de ambas as crianças.

Mas no fundo nenhuma das decisões é tão inovadora assim, pois, após uma análise mais detida dos valores familiares agregados à norma jurídica, percebe-se que em verdade a paternidade nada mais é do que um conceito jurídico, como vimos. Embora, em geral esse conceito inicialmente se organize a partir do modelo biológico, pai é simplesmente aquele que o sistema jurídico define como tal.

Muito embora o suposto *pater is est* tenha sido principal inspiração a proteção da família, ou mais precisamente o instituto do matrimônio, por trás de seu aparente rigorismo pode-se divisar um interessante aspecto legal, no qual a união afetiva mereceu maior atenção do que a biológica.

Por conseguinte, constituindo “*o afeto um elemento indispensável para a formação da pessoa, o aspecto socioafetivo, do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que o integram, revela que o aspecto aparentemente mais incerto... é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais*”, pois “*a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético*” (Silvana Maria Carbonera).

A própria inseminação artificial heteróloga, prevista no artigo 1.597, V, do Código Civil, em que é utilizado sêmen de outro homem para a procriação, fortalece a tese da socioafetividade, passando aquele que não é filho (real) a ser filho (social). Nesta alçada, julgou a Corte de Cassação italiana que “*o marido que*

tinha validamente concordado ou manifestado consentimento à fecundação heteróloga não tem ação para contestar a paternidade da criança nascida em decorrência de tal fecundação” (Valério Pocar).

Nos mesmos moldes se insere a chamada “adoção à brasileira”, que ocorre quando existe declaração falsa no registro, o qual continua válido para não atingir o estado de filiação estabilizado na convivência familiar.

Logo, verifica-se que, quando existe o estado de filho, ainda que se entenda possuir o filho o direito de saber de sua verdadeira origem biológica, os efeitos patrimoniais e registrais se dão em relação ao pai socioafetivo, porquanto pai é aquele que de fato (e aí de direito) constitui estado de pai, diante do estado de filho estabelecido pelo afeto.

5. O CRITÉRIO DA VERDADE SOCIOAFETIVA

Sílvio de Salvo Venosa disserta:

“Lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genérica. A matéria é muito mais sociológica ou psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas”.

Rosana Fachin ensina:

“Sobressai a importância da engenharia genética no auxílio das investigações de paternidade; sem embargo dessa importante contribuição, é preciso equilibrar a verdade socioafetiva com a verdade de sangue. O filho é mais que um descendente genético e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à verdade do ‘coração’. Na construção da nova família deve se procurar equilibrar essas suas vertentes, a relação biológica e a relação socioafetiva”.

Jacqueline Filgueras Nogueira preconiza que o sistema jurídico brasileiro deve ser explícito no tratamento da posse de estado de filho, uma vez que “esta evidencia a verdadeira relação que deve estar presente entre pais e filhos, ou seja: concretiza os elementos essenciais da relação filial, como amor, afeto, carinho, cumplicidade, proteção...”.

Julie Cristine Delinski tem igual preocupação no sentido de que o nosso direito precisa ser claro no respeitante à significação da socioafetividade, pois vê-se que “a afeição tem valor jurídico, que a maternidade ou paternidade biológica de nada valem diante do vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, que lhe dá amor e participa da sua vida”.

Maria Christina de Almeida enuncia:

“... a paternidade é hoje, acima de tudo, socioafetiva, moldada pelos laços afetivos cujo significado é mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho pelo pai, dia a dia, revelam uma verdade afetiva, em que a paternidade vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em integração e interação paterno-filial”.

Belmiro Pedro Welter redigiu excelente obra sobre a filiação socioafetiva, de leitura obrigatória para os estudiosos de direito de família. Um dos pontos culminantes de suas teses é quando busca demonstrar que se revela viável, no direito brasileiro atual, a ação de investigação de paternidade socioafetiva. A propósito do assunto da imprescindibilidade do conhecimento da origem biológica, mesmo admitida a socioafetividade, Belmiro sustenta, com correção e profundidade, como não pode ser afastado o direito a este conhecimento.

6. CONCLUSÃO

Com este trabalho procuramos fazer uma sincera reflexão sobre o tema “Perfilhação Socioafetiva”, destacando a dignidade que pode ser produzida nas relações estabelecidas com base no afeto.

Desde os primórdios, até chegarmos onde estamos, sempre houve aquilo que chamamos de afeto.

O que não se pode perder de vista é que *“os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de preposições que se referem a situações da vida, criada pelos interesses mais diversos”* (Pontes de Miranda). E, tendo em vista que *“a lei é a égide da paz, forçoso se torna acompanhar a evolução”* (Carlos Maximiliano).

O Estado, deve dirimir os conflitos que agora se apresentam e não dificultar a felicidade do homem, limitando sua capacidade de amar.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VENOSA, Sílvio de Salvo. Ed. Atlas, v. VI.

FIUZA, César. Novo Código Civil. Del Rey Editora. 6ª ed. Belo Horizonte.

Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM, nº 24, jun/jul-2004.

Advocacia Dinâmica – COAD. Boletins semanais, nº 4/30 de 2004.

Seleções Jurídicas – COAD. ADV. Boletins semanais, fevereiro/2005.

Código Civil, 9ª ed. Editora dos Tribunais.

Estatuto da Criança e do Adolescente, Ed. Saraiva. Jornal Estado de Minas de 12/09/04.