

Filiação eudemonista constitucional no processo judicial de adoção: igualdade na perfilhação socioafetiva e genética

Constitutional eudemonist affiliation in the adoption judicial process: equality in the socio-affective and biological affiliation

Celina Kazuko F. Mologni*

* Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

Resumo

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 reconheceu a igualdade de direitos entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, bem como a paternidade responsável do pai e da mãe, sem qualquer referência à natureza da filiação, se genética ou sócio-afetiva, incluindo-se, nesta categoria, os filhos adotivos. Todos os filhos, independentemente da natureza da filiação, fazem prova do seu estado através de certidão de nascimento. Até se formalizar o registro do assento do nascimento, verifica-se tratamento diferenciado do filho nascido e do processo judicial de adoção, em cuja sede se investigam as reais vantagens do adotando e os motivos legítimos dos adotantes. O seu procedimento viola o princípio da igualdade da filiação, pois na formação do vínculo paterno-filial, na filiação genética, não se exige qualquer outra formalidade, a não ser a confirmação da paternidade em ato pessoal, no assento de nascimento, no caso de filhos havidos fora do casamento e a certidão de casamento dos pais, para a prole havida no casamento. O presente trabalho investiga a possibilidade de se efetivar a igualdade constitucional da filiação, na construção do título paterno-filial, com base na Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992, aplicando-se o reconhecimento da filiação sócio-afetiva da adoção, fora do processo judicial de adoção.

Palavras-chave: Adoção. Processo de adoção. Filiação sócio-afetiva. Igualdade na filiação. Eudemonismo no ambiente familiar.

Abstract

The Federal Constitution of October 5, 1988 consecrated the equality of rights between the children from a relation of marriage or not, and the responsible paternity both from the father and from the mother's side, without any reference to the nature of the affiliation: if it is biological paternity or socio-affective paternity, including in this last category, the adoptive children. All children, despite the nature of the affiliation, prove their status with the birth registration. However, a differentiated treatment is noticed in the judicial adoption process, which investigates the advantages for the child to be adopted and the legitimate motives of those who are adopting. This procedure violates the principle of equality of affiliation, since in the formation of the parent-child bond in the genetic affiliation, no other formality is demanded, except the confirmation of the paternity in a personal act, at the moment of the registration of the birth, for children born outside the marriage, and the wedding certificate for children of married parents. This paper investigates the possibility of bringing into effect the constitutional principle of equality of affiliation in the construction of the designation parent-child, based in the Law 8560 of December 29, 1992, applying the recognition of the socio-affective affiliation of adoption out of the judicial adoption process.

Keywords: Adoption. Process of adoption. Non-biological affiliation. Equality in the affiliation. Eudemonism in the familiar environment.

1 Introdução

O tema abordado foi inspirado a partir da assistência jurídica prestada pelo Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR), de Londrina, Estado do Paraná, em diversos processos judiciais de ação de adoção, normalmente, cumulada com destituição de poder familiar.

Trata-se de processos que, normalmente, vêm tramitando há muitos anos, em decorrência de formalidades processuais, o que tem sido motivo de sofrimento processual dos adotantes e dos adotandos, sobretudo,

pela necessidade de se regularizar o assento de nascimento para efeitos de obtenção de documentos pessoais, a partir da certidão de nascimento para todos os efeitos jurídicos da vida do adotado.

A Constituição Federal consagrou o princípio da igualdade da filiação, outorgando-se mesmos direitos para os filhos e vedando-se qualquer qualificação ou distinção entre eles. Contudo, no plano fático, existem filhos decorrentes de naturezas diversas: a filiação biológica e a sociológica.

E mesmo para o ato da perfilhação, isto é, para se

obter o reconhecimento da relação jurídica paterno-filial, visando a obtenção do assento de nascimento do filho, o nosso ordenamento jurídico deu tratamento diferenciado. Essa distinção é observada, principalmente, no processo judicial de adoção, que é objeto do presente estudo. Assim, questiona-se a dificuldade e a demora na conclusão do processo judicial de adoção, na forma como está prevista pelo ordenamento jurídico.

A partir da nova hermenêutica constitucional, sugerem-se alternativas para a solução do caso, com fundamento no devido processual legal, que, necessariamente, implica em tempestividade, adequação e justiça nas decisões, dentro do contexto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na trilha do acesso à justiça, com fim único de, efetivamente, realizar a igualdade da filiação preconizada pela Constituição Federal, independentemente de sua origem e natureza, sejam decorrentes de filiação genética ou de afetividade.

2 Nova Hermenêutica Constitucional: Princípios Constitucionais e a Técnica Legislativa das Cláusulas Gerais

2.1 Pluralismo jurídico na pós-modernidade

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 foi promulgada na época da pós-modernidade, cuja característica é assim descrita por Barroso (2004, p.303-6):

A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. [...] A paisagem é complexa e fragmentada. [...] No campo econômico e social, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, com a expansão dos domínios da informática e da rede mundial de computadores e com as promessas e questionamentos éticos da engenharia genética. [...] O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Portanto, no contexto de pluralismo jurídico, o novo paradigma não necessariamente passa da lei para o juiz, e sim, analisa-se o caso particular, inserindo-o no contexto do ordenamento jurídico para se resolver o problema. Pode-se afirmar que, muitas vezes, a lei não prevê a solução de um determinado caso concreto, ou se previsto, o seu conteúdo normativo pode não dar respostas de acordo com os anseios constitucionais, tal como a igualdade na filiação, cuja apreciação exige do intérprete ponderação de interesses, como no processo judicial de adoção.

A época do pós-positivismo surgiu após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos políticos e militares que cometeram atrocidades em nome da lei e em obediência às ordens emanadas de autoridades. Essa situação provocou no pensamento da humanidade aversão à mera aceitação da formalidade da lei, sobretudo,

da lei indiferente a valores éticos (BARROSO, 2004, p. 349).

Abre-se, assim, caminho a reflexões acerca do Direito, com tendência a despertar a função social na sua interpretação e aplicação, construindo-se idéias a partir de valores éticos, princípios e regras constitucionais, sobretudo no discurso dos direitos fundamentais, destacando-se, entre eles, dois que despontaram, no Brasil, nos últimos anos: o princípio da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

2.2 Princípio da razoabilidade e da dignidade humana

O princípio da razoabilidade teve sua trajetória histórica no direito norte-americano a partir da cláusula do devido processo legal. O tema foi amadurecido pelo direito alemão, através de estudo romano-germânico e chegou ao debate nacional com a denominação de princípio da proporcionalidade (BARROSO, 2004, p. 333).

A razoabilidade permite ao Judiciário produzir melhor resultado em caso concreto, como mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa.

O princípio da dignidade humana trata de um conjunto de valores morais do ser humano. É o respeito ao ser humano, pela própria condição humana. Por isso, o seu conteúdo jurídico associa-se aos direitos fundamentais com proposta de concretização do mínimo existencial, na vida humana, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, incluindo-se os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.

Como fundamento da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 1, III da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana tende a situar o ser humano no centro do sistema do ordenamento jurídico, não só como sujeito de direitos, mas sim como informador do direito à tutela estatal para cuja realização devem convergir as normas.

Reale (1998, apud MARTINS-COSTA, 2002, p. 181-2), desde as suas primeiras obras, dispensa atenção ao valor da pessoa humana como “valor-fonte de todos os valores” ou “valor-fonte do ordenamento”:

[...] é um *Pluralismo e liberdade* que assentará com todas as letras que o ‘problema central da axiologia jurídica, vista em função da experiência histórica, é o relativo ao valor da pessoa humana’ [...]. A ‘grande tarefa de nossos dias’, dirá, ‘é reconquistar o enlace ôntico-axiológico essencial ao conceito integral da pessoa’.

No Estado neoliberal, isto é, na pós-modernidade, na “pós-tudo”, como se mencionou, tende “inclinarse pela interpretação que melhor otimize os princípios (princípio como *mandamento de* otimização – Alexy) constitucionais” (GEHLEN, 2002, p. 188).

Por outro lado, em sintonia com o comando constitucional, na dinâmica da interpretação, estabelece o artigo 5 do Decreto-lei 4657, de 10 de janeiro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, cujo preceito é reafirmado por

Recaséns Siches:

A interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor que não se extrai do nada, mas, ao contrário, decorre da intuição das tendências sócio-culturais da comunidade, e fundamenta-se nos 'cânones axiológicos que pertencem à ordem jurídica vigente [...] 'na função judicial se produzem valorações ou estimativas. 'Isso não quer significar que tais valorações ou estimativas sejam a projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu juízo valorativo individual. Pelo contrário, as mais das vezes sucede, e assim deve ser, que o juiz emprega, como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva, e trata de interpretar esses cânones estabelecidos pela ordem vigente, pondo-os em relação com as situações concretas de fato que se lhe antolham (SICHES, 1956, apud SILVA, 1998, p. 157).

Assim, os casos concretos devem se pautar na realização da equidade em suas soluções, atendendo a tábua axiológica visada pela lei, sem se descuidar do seu fim social e a exigência do bem comum. Tendo como centro, no caso em estudo, a questão da filiação não biológica, isto é, a sócio-afetiva, envolvendo a adoção, como fonte de produção de direitos iguais aos nascidos da filiação biológica, desde o ato de reconhecimento do vínculo paterno-filial.

2.3. Cláusulas gerais

No incursionamento do tema debatido, analisa-se, também, a utilização da técnica legislativa de modelos jurídicos abertos, com a adoção de cláusulas gerais e afirmação da principiologia (§ 2º do artigo 5 da Constituição Federal), a qual alarga o conteúdo dos direitos e garantias fundamentais aos princípios e aos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte.

É esta a tendência da atualidade normativa, recheada de modelos jurídicos abertos, pois o fato regulado com tipicidade caracteriza a casuística, uma pré-figuração do conceito perfeito e acabado, exigindo do intérprete apenas a operação mental da subsunção de determinar o sentido e o alcance da lei para nela enquadrar o fato em concreto.

Contudo, conforme já se afirmou, a técnica da mera subsunção do fato concreto à previsão legal do caso tende a, muitas vezes, não encontrar respostas aos conflitos postos à solução do Judiciário, pois a vida está em constante transformação, em todos os seus aspectos, e a lei, prevendo um determinado fato da atualidade da sua promulgação, não prevê outros que poderão surgir no futuro.

É nessa circunstância que atuam as cláusulas gerais, por serem multifacetadas e multifuncionais, de forma que a doutrina trabalha com suas características, na busca de um conceito, em sintonia com suas vantagens, que são a mobilidade e a imprecisão semântica.

Trata-se de uma técnica legislativa assim caracterizada por Costa (2003, apud FERREIRA, 2003, p. 232-3):

[...] estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados'. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Prossegue Costa, (2003 apud FERREIRA, 2003, p. 235), afirmando que:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

A tendência, portanto, é o desempenho do importante papel da jurisprudência e do dever e responsabilidade do juiz na análise do caso em concreto, no percurso do reenvio em outras normas do sistema ou em valores e padrões morais aceitos pela sociedade para preencher a vagueza da cláusula geral na solução de conflitos não enunciados especificamente pelo ordenamento jurídico.

Com isso, verificar-se-á a viabilidade do desenvolvimento de um direito privado pluralista, em correspondência à dinamicidade dos fatos sociais, e a permanente atualização do Código Civil e leis especiais, sem prejudicar a estabilidade e a segurança do Direito.

Pretende-se com este estudo trazer à reflexão dos profissionais envolvidos na área do Direito de Família a necessidade de efetivação dos anseios constitucionais na realização da plena dignidade humana, com o fim eudemonista, na questão da filiação sócio-afetiva, ao lado da genética.

3 Filiação no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 § 6º, estabeleceu a igualdade na qualificação e nos direitos dos filhos, sendo vedada qualquer discriminação a respeito: "Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

Contudo, há a distinção na classificação: filiação biológica, isto é, o filho de sangue, que diz respeito à reprodução humana natural (sexual, corporal), incluindo a prole concebida na constância do casamento, como paternidade presumida legal: presumem-se serem filhos do marido os concebidos na constância do matrimônio, salvo exclusão, em caso de dúvida da paternidade, pela certeza científica do exame genético do DNA. É também biológica a filiação genética dos filhos havidos fora da relação de casamento, decorrente de procriação humana natural, reconhecida voluntariamente pelo pai, no assento do nascimento do filho, por escritura pública, por escrito particular, a ser arquivado em cartório, por testamento ou judicialmente, nos termos do disposto no artigo 1, incisos I a IV da Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992.

A sócio-afetiva é a filiação criada pelo afeto, e não pela procriação, daí a denominação comum de filhos do coração. Nesta dimensão, incluem-se a adoção, a inseminação artificial heteróloga, assexual, extracorporal, ou laboratorial científica, que está prevista no artigo 1597, V do Código Civil e ocorre quando se utiliza sêmen de outro homem, e não o do marido ou do companheiro, para a fecundação do óvulo da mulher, o que é feito mediante prévia autorização do marido ou do companheiro.

Como já se afirmou na categoria da filiação sócio-afetiva inclui-se a adoção, que implica em processo judicial próprio, na forma dos artigos 1618-1629 do Código Civil e artigos 33-52 da Lei 8069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. “Hoje, adoção (o afeto) é um ato jurídico, de vontade, de amor e de solidariedade, sendo essa família tão real como a que une o pai ao seu filho de sangue” (WELTER; MADALENO, 2004, p. 65).

Pode-se ainda incluir entre a filiação sócio-afetiva, a adoção à brasileira, quando o filho é registrado como se fosse filho biológico do casal, que o recebe, normalmente, recém-nascido, da mãe biológica, com quem pode ou não haver prévio ajuste de receber o filho como se fosse dos “adotantes”.

De qualquer modo, diante dos métodos contraceptivos existentes, atualmente, a paternidade e maternidade implicam em questão de desejo; é porque quer exercer o direito de ser pai e de ser mãe, responsabilmente, não mais concebendo filho como um salário do sexo.

Tanto que estabelece o artigo 226 § 7º da Constituição Federal, a paternidade responsável e livre planejamento familiar. Veja-se que o texto constitucional refere-se à paternidade responsável e não especificamente à biológica, bem como a recursos científicos para o exercício do planejamento familiar, o que leva a concluir a inclusão da adoção e da inseminação artificial heteróloga, como formas de filiação sócio-afetiva, com fundamento no afeto, que é a base da família, como se verá no tópico a seguir.

Portanto, filhos são filhos: os havidos no casamento (artigo 1575, incisos, I, II, III, IV e V do Código Civil) e fora do casamento (artigos 1607-1617 do Código Civil e Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992) e são detentores

de iguais direitos. Não mais subsistem distinções de direitos, bem como de denominações discriminatórias de filhos legítimos, ilegítimos, adulterinos, naturais, incestuosos, espúrios e outras, porque são incompatíveis com a dignidade da pessoa do filho, que não pediu para vir ao mundo e nem teve opção de escolher seus pais.

A igualdade de direitos prevista na Constituição Federal conduz à idéia de mesmo tratamento desde que nasce, seja produzido o filho por consangüinidade ou por afeto. Para se dar existência jurídica a esse filho, é essencial que registre o seu nascimento no Cartório de Registro Civil, cujo documento constitui a prova da relação jurídica paterno-filial, e legítima os efeitos jurídicos dela decorrentes, tais como o poder familiar, alimentos e direitos sucessórios.

Na prática, entretanto, não se vislumbra a igualdade de tratamento na produção da certidão de nascimento, para, de imediato, poder usufruir dos efeitos jurídicos dela decorrentes.

Se for filho biológico bastam a comprovação da existência do parto e o comparecimento dos pais no Cartório de Registro Civil. Contudo, se for filho de afeto, na modalidade de adoção, os pais adotantes e o filho adotando são obrigados a se sujeitarem ao moroso processo judicial, para ao final, após vários anos de tramitação, o juiz determinar a averbação/lavratura do assento de nascimento, cancelando-se eventualmente o anterior.

Percebe-se que a discriminação não estaria só nas circunstâncias que envolvem o ato registral do assento de nascimento do filho adotado, mas no próprio procedimento judicial da adoção, em que, em nome da segurança jurídica, investem-se os legítimos interesses dos adotantes e reais vantagens ao adotando. Seria a fase da “gestação processual”, que ao invés de trazer alegrias e expectativas aos pais adotantes e ao adotando, causa sofrimentos e inseguranças pela demora do desejado provimento judicial.

Partindo-se do princípio de que hoje a paternidade é opção e não fruto do acaso, quando o adotante procura o Judiciário é porque só deseja formalizar o ato, sob o aspecto legal, pois já há o envolvimento do afeto no entrelaçamento paterno-filial, como se verá a seguir.

E pelo lado dos pais biológicos, considerando-se conjuntamente, ou individualmente, o abandono de fato do filho, de modo voluntário, é conduta que deixa evidente o rompimento dos direitos inerentes ao poder familiar. Esse fato por si só demonstra que não deveriam se exigir dos pais biológicos formalidades judiciais de manifestação pessoal perante o Juiz de não querer o filho, desde que cabalmente já demonstradas nos autos as circunstâncias de como o adotando foi amparado pelos adotantes. É nessa fase processual que, normalmente, ocorre a demora na tramitação processual de adoção, muitas vezes, com as reiteradas tentativas de localizar os pais biológicos para cumprir a exigência apontada, que poderia ser resolvida de maneira mais objetiva e célere no interesse das partes envolvidas na adoção.

Conclui-se que se há dificuldade em se localizar os

pais biológicos é a maior prova de que eles sequer estão preocupados com a sorte do filho que colocaram no mundo, de forma que, nenhuma escusa, mesmo de pobreza material em assumir a paternidade/maternidade, poderia justificar a sua conduta de abandono, a ponto de impedir ou causar demora na tramitação do processo judicial de adoção.

3.1 O Afeto no entrelaçamento paterno-filial na família eudemonista

A antiga família patriarcal, marcada por sua função procriadora, econômica, religiosa e política, cede espaço à família atual, fundada nos laços de afetividade, prestigiando-se o valor afeto, que “vem do latim *ad* (=para) e *fectum* (=feito), significando ‘feito um para outro’” (BARROS, 2002, p. 7).

O sangue não é o único elemento que define a relação jurídica paterno-filial e familiar, assim como não o é a realização do ato sexual para a sua concretização. O afeto tende a ser o elemento formador do núcleo familiar, como sentimento vivo entre os seus membros, que convivem e partilham seus projetos de vida. Não se exige como requisito indispensável, que seja a família formada pelo homem e pela mulher; nem pelo pai, nem pela mãe, pois há famílias só de homens, ou só de mulheres, e só de filhos, sem a existência do pai ou da mãe, se falecidos, por exemplo.

Daí a crítica que se faz à Constituição Federal, que exige para o conceito da família o parentalismo, isto é, que existam ambos os pais, com diversidade de sexos - família matrimonial (artigo 226 § 1 e 2 da Constituição Federal) e entidade familiar formada por união estável (artigo 226 § 3 da Constituição Federal), ou por apenas um dos pais – família monoparental (artigo 226 § 4 da Constituição Federal).

Por outro lado, vem despontando na jurisprudência e na doutrina o reconhecimento de outras famílias, além das expressas constitucionalmente para fins de proteção de efeitos patrimoniais e pessoais decorrentes da união de pessoas do mesmo sexo, como a homossexual, homoafetiva ou homoerótica.

Igualmente, em relação à família anaparental, criação da doutrina, que é a formada entre parentes, por exemplo, de irmãos, ou entre pessoas que não sejam parentes, porém, com identidade de propósito de convivência, e comunhão de esforços, por longo tempo, ainda que inexistia qualquer conotação de ordem sexual (DIAS, 2005, p. 47).

Assim, pode-se identificar a família, atualmente, pelo seu envolvimento afetivo entre seus membros, com a denominação doutrinária de família eudemonista, que assim se caracteriza:

É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensinam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. [...] busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. A

possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar (DIAS, 2005, p. 48).

Eudemonista é a:

Expressão que, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade (DIAS, 2005, p. 48).

E moralmente bom é o feliz encontro entre os filhos e pais não biológicos, na formação da relação paterno-filial sociológica ou afetiva, como é o caso da adoção, na realização do desejo do filho que procura uma família, na qual possa desfrutar do afeto e cuidados dos pais e destes que querem proporcioná-los a um filho.

Para se concretizar este desejo de ambas as partes na formação da relação paterno-filial, sob a modalidade da filiação sócio-afetiva ou sociológica, aborda-se a análise técnica e jurídica do processo de adoção, como uma das formas de colocação da criança e do adolescente em família afetiva, e como efetivação de um dos direitos fundamentais de convivência familiar.

3.2 Direito fundamental da criança e do adolescente a convivência familiar, e, por exceção, em família substituta

Incompatível com a ordem constitucional de 1988, a expressão família substituta para nela classificar a adoção, pois, com fundamento em Welter e Madaleno (2004, p. 80) “[...] quando, na verdade, existem apenas duas espécies de família (biológica e/ou afetiva, ambas naturais e legítimas) [...]”.

Na atual era do pós-positivismo, da pós-modernidade, com cenário de pluralismo jurídico, não só os fatos jurídicos são plurais, como também seus atores, os sujeitos-cidadãos.

Entre eles, destacam-se a criança e o adolescente, alçados à posição de sujeitos de direito, tutelados pela “doutrina da proteção integral” consagrada no artigo 1 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069 de 13 de julho de 1990.

Trata-se de um sujeito especial em face de sua condição de pessoa em desenvolvimento, situando-se o direito da criança e do adolescente entre os novos direitos sociais.

Diante da especialidade da sua condição de sujeitos em desenvolvimento de sua personalidade, em processo de sua formação em todos os aspectos pessoais, a Constituição Federal, além dos destinados a todos os cidadãos, outorgou direitos fundamentais exclusivos no artigo 227, impondo à família, à sociedade e ao Estado a obrigação de realizá-los. Assim como dispõe o artigo 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O exercício da cidadania tende a ser possível somente com o reconhecimento da vulnerabilidade da criança e do adolescente, porque ainda não atingiram a plenitude de suas potencialidades humanas, que es-

tão em desenvolvimento. E para que essas potencialidades se formem adequadamente, visando futuro adulto socialmente integrado à comunidade, há necessidade de cuidados, a cargo da família, bem como da sociedade e do Estado.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta”. Segundo o artigo 25 do mesmo estatuto “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

O seio familiar biológico, preferencialmente, é o local onde a criança e o adolescente tem para desenvolver plenamente suas potencialidades, com dignidade. Tanto que o artigo 229 da Constituição Federal impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Caso não seja possível assegurar à criança e ao adolescente, pelo princípio da prioridade, a convivência junto à família biológica, seja por falecimento de seus pais, ausência ou destituição do poder familiar, ocorre a colocação em família substituta, sob a forma de guarda, tutela ou adoção, e, por fim, a institucionalização em instituições de abrigo, em caráter excepcional, pelo afastamento do convívio com os pais naturais e outros parentes.

Frise-se, contudo, que a colocação da criança e do adolescente em famílias substitutas, em especial, a adoção, deve atender o princípio do melhor interesse do adotando: “não mais se admite a busca dos filhos para pais que não os tenham e os queiram; a adoção se faz porque uma criança precisa de pais e não os tem” (NERY JUNIOR; MACHADO, 2001, p.31).

Na efetivação da adoção deve haver a conjugação do binômio motivos legítimos por parte dos adotantes e reais vantagens para o adotando (artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A partir desse texto legal levanta-se a reflexão: o atual modelo de processo judicial de adoção atende os anseios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade dos direitos dos filhos, no ambiente da perfilhação genética e sócio-afetiva, sob a perspectiva eudemonista? É efetivado o devido processo legal, o da razoabilidade e o da proporcionalidade no processo de adoção? Analisa-se a respeito no próximo tópico.

4 Distinção de Tratamento no Ato da Perfilhação entre a Filiação Sócio-Afetiva, na Modalidade da Adoção, e a Biológica

Conforme já abordado, o nosso ordenamento jurídico recepcionou a filiação biológica e a sócio-afetiva.

A filiação biológica refere-se à reprodução humana natural, através de ato sexual. Nela se inclui a prole concebida na constância do casamento, presumindo-se serem filhos do marido os concebidos na constância do matrimônio. No ato da perfilhação, a apresentação da certidão de casamento dos pais é suficiente para se obter o assento de nascimento do filho, nele constando a filiação genética do pai e da mãe, casa-

dos entre si. Nenhuma outra formalidade é exigida, exemplificativamente, se os pais têm condições pessoais e patrimoniais satisfatórias para sustento e educação do filho, ou qual foi a razão da procriação. Nada a respeito é questionado dos pais.

Incluem-se, também, na filiação biológica, os filhos havidos fora da relação de casamento, reconhecidos voluntariamente pelo pai genético, no assento de nascimento do filho, em cujo ato há a necessidade da presença do pai genético para confirmar a paternidade. Caso ocorra a resistência do pai biológico em reconhecer a paternidade, a Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992 regula a investigação oficiosa, em seu artigo 2º, notificando-se o suposto pai a comparecer em Juízo para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída, no prazo de trinta dias. Caso o suposto pai negue a paternidade ou se omita em comparecer em Juízo, resta ao filho não reconhecido propor a ação de investigação de paternidade contra o seu pai biológico. Nesta modalidade de perfilhação, também, basta a confirmação da paternidade, pessoalmente, do pai, sem questionamento algum sobre a responsabilidade paterna e os interesses do filho. E, se judicialmente, basta a comprovação pericial da carga genética sanguínea pelo exame do DNA.

Na filiação sócio-afetiva, na modalidade de inseminação artificial heteróloga, decorre de procedimentos assexuais, com intervenção médica e laboratorial. Se realizada entre pares casados, há a necessidade de prévia autorização do marido, pois o filho nascido nestas circunstâncias é presumido, legalmente, como se fosse filho do marido, pois se utiliza sêmen de outro homem, e não o do marido para a fecundação do óvulo da mulher. No ato da perfilhação, suficiente é a apresentação da certidão de casamento para se constarem como pais biológicos o pai e a mãe, casados entre si. Não se exige outra formalidade, nem atestado médico, que comprove a segurança do procedimento de procriação artificial na saúde física e mental da prole e da mãe.

Podem-se incluir, também, na filiação sócio-afetiva, o filho de criação, a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e/ ou da maternidade, como espécie da adoção à brasileira.

Na categoria da filiação sócio-afetiva inclui-se, também, a adoção, que implica em processo judicial próprio. É nesta modalidade de perfilhação que se verifica tratamento diferenciado, para obtenção do assento de nascimento, em nome dos adotantes e do adotado, em relação às mencionadas filiações.

Tanto que se inicia com processo judicial (artigo 1623 do Código Civil), e atendendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, “somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”, nos termos do artigo 1625 do Código Civil, em condições “quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, de acordo com o disposto no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para apuração dessas circunstâncias, os adotantes percorrem tortuoso e demorado procedimento judicial,

trilhado nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros atos. O da exigência do consentimento dos pais biológicos, se houver, em decorrência do poder familiar (artigo 45 do Estatuto), inclusive do próprio adotando se for maior de doze anos (§ 2º do artigo 45 do Estatuto), estágio de convivência (artigo 46 §1º e § 2º do Estatuto), estudos sócio-econômicos e outras provas, cujas dificuldades tendem a desestimular a prática judicial da adoção, proliferando adoção à moda brasileira, que, embora imbuída de motivos nobres, constitui-se em ilicitude do ato.

Nas demais citadas modalidades de perfilhação não se exige comprovação dos benefícios ou vantagens para o filho e nem os motivos do reconhecimento, se legítimos ou não.

Se a investigação destas circunstâncias é relevante para a construção da filiação sócio-afetiva, especificamente, na adoção, não menos importante se afigura em outras modalidades de filiação sócio-afetiva, inclusive na genética, pois o resultado é o mesmo: edificação da relação jurídica paterno-filial.

Não se exige a comprovação de que a concepção e o nascimento do filho, naquele seio familiar, vão trazer reais vantagens para a prole, não se investigando sequer a legitimidade do ato dos pais em conceberem o filho, o que, em tese, seria vedado face à inviolabilidade constitucional da intimidade e da vida privada da pessoa humana, nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal e artigo 21 do Código Civil. No entanto, na adoção, é descortinada a vida privada dos adotantes e somente no processo de adoção exigem-se requisitos não previstos às outras espécies de perfilhação.

Assim, com base nos princípios constitucionais, cláusulas gerais e o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, no contexto da nova hermenêutica constitucional, demonstra-se que o tratamento processual dispensado à ação de adoção viola os preceitos constitucionais, sobretudo, em relação à igualdade preconizada na filiação, dignidade da pessoa humana do adotando, que merece proteção priorizada e integral, e dignidade dos adotantes, que tem violada a sua vida privada na investigação da possibilidade ou não de ver julgado procedente o seu pedido.

Tanto assim que em tema do melhor interesse da criança na adoção, em análise do artigo 1625 do Código Civil, a doutrina tem se manifestado no sentido de utilização das cláusulas gerais para “efetuar as necessárias ‘correções de rumo’, quando por ausência de lei ou por interpretações demasiado literais, surgir conflito com o princípio salientado” (JORGE JUNIOR, 2004, p. 97).

Confirma o citado autor:

Entendemos que, aliada à sistemática de princípios encartada no Estatuto da Criança e do Adolescente, a norma do art. 1.625 do CC/02 configura-se em autêntica cláusula geral, orientando a interpretação das normas positivas que disciplinam o relacionamento da sociedade com a criança e com o adolescente na delicada seara da filiação, tendo sempre como balizados, o princípio ‘do melhor interesse da criança’ – the best interest of the child (JORGE JUNIOR, 2004, p. 97).

Assim, poder-se-ia colocar em prática o critério hermenêutico da razoabilidade dos laços afetivos construídos e proporcionalidade temporal na tramitação do processo de adoção. Excluindo certas formalidades, por exemplo, como a obtenção do consentimento dos pais biológicos ou de quem de direito, uma vez provado o desinteresse na assunção da paternidade responsável constitucional, privilegiando o afeto edificado entre os adotantes e o adotando. Sendo que este só deseja ser amado e ser protegido por alguém que efetivamente cumpra o papel de mãe e de pai e exerça a paternidade responsável.

A pronta entrega registral do adotando à família adotante consagraria o princípio da efetividade, que representa mera “realização concreta, no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma” (WELTER; MADALENO, 2004, p. 76).

Sugerem-se, assim, alternativas para efetivação da adoção, a título de considerações finais.

5 Considerações Finais

O nosso ordenamento jurídico constitucional consagrou o princípio do eudemonismo familiar, na busca e plena realização do sentimento da felicidade, que reclama a necessidade de dar e de receber afeto, como condição existencial feliz do ser humano.

É possível a concretização do valor jurídico do afeto a partir do tratamento igualitário, sem discriminações e exclusões, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3, I da Constituição Federal).

A Constituição Federal consagrou a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, outorgando mesmos direitos e qualificações, e proibindo-se quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227 § 6º da Constituição Federal).

Contudo, não se vislumbra essa preconizada igualdade, diante da existência de discriminação em relação à adoção, no ato de perfilhação da relação paterno-filial, com a necessidade de instauração de processo judicial formalista e demorado, em cujo procedimento exigem-se provas que não são exigidas em outras modalidades de reconhecimento da paternidade, especificamente as que atendam o melhor interesse do adotando e demonstração de motivos legítimos por parte dos adotantes.

Sugerem-se alternativas menos formais, sem prejuízo da segurança jurídica, no procedimento de adoção para que atenda e concretize a igualdade da filiação, a partir do ato da perfilhação, efetivando-se, assim, o comando constitucional.

Para adequação normativa da igualdade da filiação, como novo paradigma filial, há a necessidade de se atribuir igual valor do sangue ao afeto.

Assim, poder-se-ia desjurisdicionarizar o processo de adoção, com aplicação do artigo 1º, incisos II e IV da Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992, permitindo-se a adoção por escritura pública ou escrito particular, manifestação expressa e direta perante o Juiz, quando

houver consenso dos pais biológicos, instruindo-se com laudo de estudos técnicos de equipe interdisciplinar judiciário (psicólogo, assistente social, médico). Tal procedimento parece ser viável, pois o referido texto legal prevê o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, não proibindo expressamente a filiação sócio-afetiva, encontrando-se implícita somente a genética. O próprio oficial do Cartório de Registro Civil, onde se encontra registrado o assento de nascimento, poderia lavrar certidão quanto à formalidade e a manifestação de vontade dos interessados e encaminhar a referida escritura para o Juiz para a devida homologação, e determinação de expedição de certidão de nascimento, constando o nome dos pais adotantes, tudo com a fiscalização do órgão do Ministério Público, em analogia à averiguação oficiosa da paternidade preconizada no artigo 2º e seguintes da Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992.

É pouco provável a existência de contenciosidade, no sentido de resistência por parte dos pais biológicos em dar o filho para adoção, pois se são eles os titulares do poder familiar, como de fato são, nenhum pai ou mãe vai oferecer o filho em adoção ou dar para outra família para criá-lo, se há fortes laços de afetividade paterno-filial, ainda que viva em situação de pobreza. Mesmo ocorrendo a situação de arrependimento dos pais biológicos, em tese, não poderia desconstituir o processo oficioso de adoção, pois se os pais ofereceram o filho à outra família, ou simplesmente o abandonaram ou o internaram num orfanato, houve efetivamente rompimento de qualquer laço de afetividade e consumou-se a caracterização de abandono, e pior do que isso, cometeu-se violação dos deveres da poder familiar (artigo 1634, incisos I a VII do Código Civil), cujas causas são fundamentos da destituição do poder familiar (artigo 1638, incisos I a IV do Código Civil).

Assim, em não se obtendo o consentimento dos pais biológicos, por quaisquer motivos, tais como ausência, desaparecimento, extorsão, a referida escritura pública de adoção seria instruída por sentença judicial transitada em julgado, proferida em prévia ação de destituição do poder familiar (artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo procedimento prevê celeridade em sua tramitação, inclusive com possibilidade de concessão de liminar típica (artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Portanto, desburocratizando o processo judicial de adoção e dando pronta resposta judicial e legal do fato já consumado por entrelaçamento afetivo entre o adotando e os adotantes estariam efetivando o princípio da igualdade preconizada na Constituição Federal quanto à natureza da filiação e o Poder Judiciário estaria cumprindo o seu papel de concretizar o princípio da prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente, na efetivação dos seus direitos fundamentais referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

ao esporte e ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Referências

- BARROS, S. R. de. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira do Direito de Família*, Porto Alegre, v. 14, p. 5-10, jul./ago. 2002.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992*. Regula a investigação de paternidade e dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, 1992.
- BRASIL, Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.
- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FACHIN, L. E. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FERREIRA, A. H. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003.
- GEHLEN, G. M. B. Von. O chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS-COSTA, J. (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JORGE JUNIOR, A. G. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LEITE, E. de O. *Síntese de Direito Civil: direito de família*. Curitiba: J.M, 1997.
- MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. L. C. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JUNIOR, N.; MACHADO, M. de T. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal. *Revista do Direito Privado*, São Paulo, v. 5, jan./mar.2001.
- PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- WELTER, B. P.; MADALENO, R. H. (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- WOLKMER, A.C.; LEITE, J. R. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Celina Kazuko Fujioka Mogni*

Mestre pela Universidade Estadual de Londrina. Docente na Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

e-mail: <celina@uel.br>

*** Endereço para correspondência:**

Av. Rio de Janeiro, 1421 – Centro – CEP 86010-150 – Londrina, Paraná, Brasil.
