XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vitor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-835-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belém-PA, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas.

É com imensa satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do Grupo de Trabalho "Direito das Famílias e Sucessões", o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, de interesse teórico e prático, tais como a inadequação das terminologias tradicionais do Direito de Família, como a ideia de família substituta; a violência doméstica e a perda do poder familiar; a análise histórica dos institutos do Direito de Família, especialmente sua relação com as concepções religiosas; a responsabilidade civil pela ruptura do casamento e por atos de alienação parental; a alienação parental sob a perspectiva crítica de gênero; o direito ao casamento de pessoa com deficiência; a garantia do direito à reprodução humana assistida e o debate acerca da desburocratização dos processos de adoção no Brasil.

Dentre estes temas destacamos também a profícua discussão acerca da filiação socioafetiva, tema de diversos trabalhos do Grupo, no qual foi abordado a sua importância social e a perspectiva da promoção de valores fundamentais, como a dignidade humana, e a análise dos impactos da possibilidade do reconhecimento extrajudicial da socioafetividade diante dos critérios trazidos pelos Provimentos nos 63 e 83 do CNJ.

Quanto ao Direito Sucessório, foram apresentados textos também muito interessantes e que geraram inúmeras discussões, como por exemplo: os impactos da inconstitucionalidade do art. 1790 do atual Código Civil acerca da sucessão dos companheiros septuagenários; as inconstitucionalidades na diferenciação entre a ordem de vocação sucessória dos irmãos e sobrinhos bilaterais e unilaterais; a importância e o papel do planejamento sucessório e por último, a validade da instituição de cláusula compromissória de mediação em testamento.

Frisamos, ainda, a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho como marca da discussão. Foram recebidos trabalhos de diversas regiões do país, com participantes do mais diversos estratos acadêmicos, como especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos em um diálogo aberto e participativo.

Por fim, destacamos a profundidade dos trabalhos apresentados como forma de demonstrar a necessidade de reflexão constante acerca do fenômeno da família – nas suas dimensões existenciais e patrimoniais, em vida e após a morte – e no reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Prof. Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – UEM e UNICESUMAR

Prof. Mestre João Vitor Penna – FACI/WYDEN

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DISCRIMINAÇÃO DA FAMÍLIA SUBSTITUTA E SEU IMPACTO NEGATIVO NO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

THE UNCONSTITUTIONALITY USE OF THE TERM SURROGATE FAMILY AND ITS NEGATIVE IMPACT ON THE BASIC RIGHT TO FAMILY LIFE

Valéria Aurelina da Silva Leite
Zildenir de Souza e Silva Roldão

Resumo

O presente artigo analisa a dificuldade para a eficácia do direito fundamental constitucional à convivência familiar trazida pelo uso jurídico atual da antiga acepção de família substituta. Para isto, parte-se da hipótese da inconstitucionalidade do uso do termo substituta para a família adotiva em oposição ao favorecimento da noção de família natural. Procura-se demonstrar o afirmado na história da legislação relacionada à adoção, na breve análise do tema no Estatuto da criança e do adolescente e na em bibliografia especializada. Conclui-se pela inconstitucionalidade do uso do termo família substituta para as compostas pela adoção.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito de família, Família sócio-afetiva, Família substituta, Adoção

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the difficulty for the effectiveness of the constitutional fundamental right to family life brought about by the current legal use of the old meaning of surrogate family. The hypothesis is the unconstitutionality for legal using of the term surrogate family. This statement is supported in the history of the legislation related to the adoption, in the analysis of the subject in the Statute of the Child and in the specialized bibliography. The conclusion is that the family composed by the adoptive affiliation cannot suffer discrimination in infraconstitucional treatment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Basics rights, Family law, Socio-affective family, Surrogate family, Adoption

Introdução

Enquanto se vê crianças em busca de família e famílias em busca de criança, a legislação, através da discriminação preconceituosa entre família natural e família substituta colabora para a ineficácia do instituto da adoção. Conforme dados do Cadastro Nacional de Adoção, mantido atualizado pelo Conselho Nacional de Justiça, este um problema que aflige todas as regiões do Brasil. O desequilíbrio entre famílias pretendentes e crianças cadastradas e o envelhecimento das crianças nas filhas mostram os desafios a serem enfrentados.

A acepção de substituição familiar reproduz preconceitos presentes na história e retoma conceito vencido pela ordem constitucional de 1988. De outro lado, somando-se a isto a idealização da família natural, considerada no aspecto biológico,o procedimento proposto pela atual regulamentação contribui como obstáculo para o procedimento de adoção, ajudando para o não fechamento da equação entre o interesse das famílias e a necessidade das crianças e adolescentes excluídas do convívio familiar.

A adoção da criança e do adolescente regulamenta-se através da Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dando ao instituto grande importância. A presente frequência do tema, aparecendo em 104 diferentes situações mencionada da lei, denota seu destaque e importância. Assim como é de grande apreço à referida lei o tema da família, considerada como natural e extensa ou ampliada, em seu aspecto biológico e substituta, quando formada por vínculos sócio-afetivos.

Dois temas importantes e relacionados: família e adoção. Afinal trata-se de mecanismo para a aquisição da filiação e, portanto, fundamental na eficácia do direito constitucional de pertencer à determinada comunidade familiar. Ocorre que a própria classificação da família, deixando em aberto aspecto discriminatório pela classificação de família substitua para a compostas por este instituto, limita sua eficácia, principalmente pela idealização da família biológica, considerada inclusive em seu caráter extenso. A diferença entre a noção de família natural e família substituta revela o drama proporcionado pela formalidade do direito cujo objetivo, com o advento da mencionada lei, passa a ser a reconstrução dos laços de afeto dentro da família biológica, o que acaba retardando o procedimento de adoção e dificultando a inserção familiar das crianças envelhecidas ao longo do processo.

Enquanto despende-se muito esforço processual para reconstruir as condições de manutenção da criança e adolescente na família biológica “natural”, ainda que muitas famílias aguardem em filas para se tornarem substituta “artificial”, milhares de crianças crescem ao

desabrigo do afeto e da proteção familiar impedido de exercitar seus direitos básicos de formação humana e de desenvolvimento, conservação e proteção de sua dignidade. Desta forma, a conceituação infraconstitucional trazida pelo ECA, com o propósito de proteger a família biológica em desfavor da substituta, idealizando condições materiais e afetivas na consanguindade, resulta em sério entrave para o procedimento de adoção.

1.- O direito fundamental à convivência familiar

O microssistema do direito de família gerado pela nova Constituição de 1988 reconhece a comunidade familiar como ambiente adequado para o desenvolvimento da dignidade das crianças e dos adolescentes. A não participação em tal ambiente implica em privação do Direito Constitucional a ter família e, consequentemente, em exposição a situações de vulnerabilidade e não efetivação de direitos. Na realidade milhares de crianças vivem em abrigos sem a proteção mínima em consequência da ausência total dos pais ou de condições adversas das quais se resultou a retirada, pela judiciário, das crianças e adolescentes de seus lares biológicos.

A importância da família como elemento fundamental para a formação da criança e do adolescente e como comunidade afetiva dentro da qual o cuidado se torna possível tem seu reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos Humanos ocupando o artigo 16.Nele, primeira parte estabelece a convivência familiar como direito de todos, estatuindo que, quando em idade própria, todos podem formar suas famílias que, na terceira parte, é definida como "o elemento natural e fundamental da sociedade" com "direito à proteção do Estado". Além disto, o artigo 12 assegura sua inviolabilidade.

Insistindo na natureza fundamental da família, a Organização dos Estados Americanos (OEA), no Pacto de São José da Costa Rica, decorrente da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, estabelece no artigo 17 a proteção da família repetindo na primeira parte o texto da Declaração Universal: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado". Defende ainda o direito de todos formarem família (segunda parte) e a obrigação do Estado em protegê-la e assegurar "a igualdade de direitos" na convivência familiar.

O destaque temático, em virtude do problema enfrentado neste trabalho, está na quinta parte do artigo 17, na qual se normatiza que a "lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento". Com este posicionamento a igualdade dos filhos ganha *status* de direitos humanos, passando a fazer

parte, com o advento da constituição de 1988, dos direitos fundamentais brasileiros. Assim, tanto o direito de pertencer à família quanto a igualdade entre os filhos marcam-se pela fundamentalidade constitucional (artigos 205, 226 e 227 da CF/88).

Sobre a criança, o Pacto ainda insiste no artigo 19 que "toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado".A Constituição Brasileira de 1988 reconhece as determinações do pacto e regulamenta, no artigo 226, a família como "base da sociedade" e ambiente mais adequado para "o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205). Pela redação deste artigo, família e Estado são responsáveis pela educação em colaboração com a sociedade. Desta forma, fica claro na exposição do legislador constituinte a impossibilidade do vínculo protetivo imediato entre a sociedade e a criança e o adolescente. Contudo, pelo mesmo motivo de abstração, é difícil falar do Estado como espaço de comprometimento afetivo. Resta, portanto, a existencialidade da comunidade familiar como espaço de proteção e cuidado no qual a disposição constitucional da educação e desenvolvimento da criança e adolescente se concretizam.

O papel do Estado aparece com maior clareza no caput do artigo 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Definido, então, a relação do trinômio presente quando a lei trata dos obrigados à efetivação dos direitos. A família consiste na comunidade elementar, base para a sociedade e protegida pelo Estado. Define-se o papel estatal no parágrafo 8º do artigo 226: "assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Enfim, o texto constitucional acaba por concluir que as relações familiares não podem ser supridas pelo Estado ou pela sociedade.

Esta distinção afeta de modo direito a interpretação do artigo 227 (CF/88) que diz:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O local mais apropriado para a efetivação de todas as proteções acima é a família. Como definido no artigo 226, os níveis de comprometimentos dos agentes definidos pela Constituição são diferentes. No artigo 205 a obrigação da sociedade consiste em promover e incentivar e a do Estado, bem definido no parágrafo 8º, assegurar a assistência. Promover,

incentivar e assegurar a assistência são verbos indicativos da exterioridade da ação. Contudo está deve ocorrer em algum espaço correspondente à interioridade da comunidade familiar.

A adoção de criança e adolescente regula-se pela lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), ficando a adoção dos jovens sob a normatização do Código Civil, sendo que este segundo tema foge do interesse deste trabalho. O Estatuto, nas disposições preliminares, basicamente repete o texto constitucional baseado nas referências de direitos humanos citadas acima. Assim, ele propõe:

> Lei 8.069/90, Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nota-se, portanto, na legislação apresentada, a natureza fundamental do direito à convivência familiar. Até porque, sendo o local mais adequado para o desenvolvimento da dignidade, sua privação significa o risco do distanciamento do mínimo existencial. Ficar fora do ambiente familiar têm como consequência, mesmo com paliativos estatais, tais como os abrigos e casas, ou que a sociedade apresente sua solidariedade, afastar-se do acesso ao cuidado resultante de relações de proximidade afetiva.

Sérgio Resende de Barros (2003), analisando a dificuldade para a nomenclatura do direito de família, no contexto da fundamentalidade deste instituto para a vida dos indivíduos e a organização da sociedade. Na tentativa de melhor conceituar identifica-os como *direitos humanos da família, direitos humanos familiais* ou, ainda, *direito fundamental à família*, propondo o reconhecimento e a concretização como grupo humano básico e merecedor de proteção fundamental.

Segundo ele,

> Tamanha é a relevância dessa missão, que não será a falta de um nome geral que irá obstruir o esforço de relacionar os direitos humanos com os poderes-deveres que interagem nos grupamentos familiares, a fim de proteger aí a humanidade desde o nascituro até ao mais idoso dos sujeitos. E, por isso mesmo, quando assim relacionados, proponho sejam eles chamados **direitos humanos da família** ou **direitos humanos familiais**, podendo-se defini-los como sendo aqueles poderes-deveres que, na qualidade de direitos humanos, decorrem do **direito fundamental à família**, a fim de concretizá-lo no grupo social mais básico, que é a família. (BARROS, 2003 - grifo no original)

Como conclusão, diante das acepções apresentadas, ele opta pela expressão *direitos humanos familiais* para designar o direito fundamental à família (BARROS, 2003b).

A condição de comunidade básica da sociedade exige o reconhecimento da família como espaço de proteção fundamental, inclusive com estreita coerência entre as obrigações familiares do artigo 227 da Constituição de 1988 e os direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º. Resulta no reconhecimento da convivência familiar como direito fundamental reconhecido pela atual ordem constitucional brasileira.

2. A adoção como procedimento de eficácia para o direito fundamental de convivência familiar

O instituto da Adoção guarda importante função social como instrumento de constituição da filiação, bem como protetivo dos abandonados por seus genitores, desde tempos remotos como bem demonstra Sérgio Resende de Barros ao falar do *Status Familiae*:

> Também dita *"datio in adoptionem"*, a *"adoptio"* era um ato jurídico criado por via de interpretação, com apoio em uma regra do texto das Leis das XII Tábuas, que proclamava a liberdade do *"filius"* que fosse vendido por três vezes pelo seu *"pater"*. A regra era assim redigida: *"si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto"* (=se o pai vende o filho três vezes, o filho fica livre do pai). Com base nessa regra, a jurisprudência assentou as bases da adoção mediante três vendas consecutivas do filho em certas condições estabelecidas *"ad hoc"*, das quais resultava a sua passagem para o poder de outro pai. Com o tempo o procedimento evoluiu e simplificou-se, graças sobretudo à posterior influência dos gregos, entre os quais não havia um pátrio poder tão rigoroso como no direito romano. Na época justinianéia, o procedimento se tornou bem simples, na forma de um acordo perante a autoridade judicial. (BARROS, sd)

A adoção se situa entre os meios para a aquisição da filiação e, portanto, insere-se, sem desprezo a outras perspectivas de tratamento, na temática do planejamento familiar. A realidade identifica muitas crianças e adolescentes abandonados pelos genitores vivendo em abrigos. casas de apoio ou com famílias substitutas. Mostra ainda uma grande quantidade de casais em busca de complementar sua comunidade familiar com a inclusão de membros através da filiação adotiva. Contudo, apesar do grande número de interessados em adotar, a fila das crianças e adolescentes sem família anda devagar, fazendo com que muitos concluam seu ciclo de formação e chegue à idade adulta sem gozar de seu direito constitucional a convivência familiar.

As tentativas frustradas de adoção chamam a atenção a este problema para identificar quais as causas de tantas dificuldades para a efetivação deste importante instituto situado, na perspectiva dos interessados em adotar, no âmbito do planejamento familiar, e do ponto de vista dos abandonados, na possibilidade da inclusão familiar.

Percebe-se confusão conceitual quando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) diferencia a família natural e a família substituta. Diz a lei: art. 28, ECA: "A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei". Assim se opõe família natural à substituta, quando o que se quer é algo simples: possibilitar o acesso à família para aquele que não a tem. Família é família e qualquer discriminação fere o preceito constitucional. Além disto, o disposto na lei deixa no mesmo nível o ambiente familiar propositadamente temporário para atender a guarda e a tutela e a permanência própria da filiação pela adoção.

Trata-se de proposta conceitual contraditória com a proposta constitucional de isonomia e ausência de qualquer discriminação pelo parágrafo 6º, do Artigo 227, da CF/88. Em famílias substitutas encontram-se filhos substitutos. Disto decorre a suspeita de inconstitucionalidade em virtude da igualdade de tratamento reclamada pelo parágrafo 6º, do artigo 227da CF/88: "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". A classificação entre natural e substituta a partir do tipo de filiação fere este preceito.

Enquanto se discute a idealidade da família, as rupturas do tecido social deixam expostas as feridas do abandono e da falta de perspectiva dos reconhecido por um número na fila de adoção. Enquanto o tempo passa impiedosamente os processos se arrastam mais letamente que o crescimento e o envelhecimento das crianças que aos poucos vão saindo da idade preferida pelos interessados.

Quanto mais velhas, menores as chances de se deparar com uma nova família. Maiores as chances de sair do abandono físico consolado pelas casas abrigos para cair de volta no abandono integrado de sua família extensa. Este modelo dista muito dos postulados da justiça reclamado para o bom desenvolvimento da criança para o qual a convivência familiar é fundamental.

A efetividade e eficácia da adoção dependem dos mecanismos "*in solidum*" realizados na horizontalidade da convivência social. O cidadão não está obrigado à participar da adoção por regra de eficácia vertical, isto é, por mecanismos cogentes. A participação decorre da eficácia horizontal da norma, que se consolida como postulado escrito cujos resultados não dependem de sanção ou coerção, mas do compromisso solidário daqueles que buscam a construção de família a partir da filiação afetiva.

De acordo com (VENOSA, 2008, p. 261), a adoção pode ser definida como um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que a pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente de ato biológico. A adoção é mecanismo socio-afetivo pelo qual a criança ou o adolescente passa a integrar determinado núcleo familiar assumindo papel de igualdade com os demais membros em conformidade com a Fraternidade que se espera existir no ambiente familiar.

O próprio sentido etimológico da palavra adoção leva à compreensão do acolhimento. Etimologicamente adotar significa dar seu próprio nome, ou em linguagem mais corriqueira, trata-se do ato de acolher alguém em definitivo. De certo modo o ato de adotar coloca em prática todos os elementos da definição. Pois, trata-se de escolha, de opção fundamental que implica aceitar e acolher, neste caso, mutuamente. Pais e filhos se escolhem e põem em prática a opção tratando-se como se espera dentro do ambiente familiar. Vale destacar que esta mutualidade fica clara quando nota-se que tanto o filho quando os pais são chamados de adotivos. Pais e filhos que se escolheram mutuamente e assumiram as consequências deste ato na construção da vida familiar e, assim, possibilitam mutuamente a efetivação do direito constitucional à convivência familiar.

3. Breve histórico da legislação sobre adoção

Considerando a inexistência de legislação pertinente ao tema da adoção anteriormente, o ponto de partida desta breve análise é o Código Civil de 1916, com ele a "adoção ganhou as primeiras regras formais no país". O Código dedicou 11 artigos para regulamentar o instituto (Artigos 168 – 178). Contudo, "a legislação mais entravava do que favorecia o processo" especialmente porque estava focada no interesse da família que não possuía "prole legítima ou legitimada" e não no adotado. A situação precária do instituto permitia inclusive o cancelamento da adoção no advento de prole biológica.

A confirmação da discriminação em relação ao adotado manifesta-se claramente no advérbio utilizado no artigo 336 do Código de 1916 ao regulamentar o vínculo entre os parentes. O parentesco originado pela adoção é *"meramente* civil", opondo-se a filiação biológica cujo vínculo é natural. A utilização da expressão em itálico revela o caráter secundário do instituto naquele momento da história. Como consequência, o "parentesco resultante limitava-se ao adotante e adotado", não estendendo vínculos aos parentes colaterais ou verticais, "o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos ou reconhecidos" e permanecesse com o adotado.

Em 1927, o Decreto 17.943-A criou o primeiro Código de Menores do país. Contudo a preocupação era com a assistência e a proteção dos que se encontravam em situação de infração; não houve influência da preocupação com as crianças e os adolescentes abandonados. Desta forma, não se manifestou sobre o tema da adoção cuja regulamentação continuou a cargo do Código Civil de 1916.

Em 1957, após quarenta anos de vigência do Código Civil de 1916, a lei 3.137 atualizou o instituto trazendo algumas inovações e facilitações para o processo de adoção. Mas os filhos adotados continuam ainda tratados com desigualdade, o vínculo com a família biológica mantido e preservada a proibição de concorrência com os demais irmãos no caso da sucessão. Preserva-se ao adotado a ausência de direitos sucessórios. Considerando os avanços, revoga-se a proibição de adotar quando já se tinha filhos permitindo a coexistência entre os legítimos ou legitimados e os adotados. A adoção passa a ser irrevogável, o que traz maior segurança para o adotado, mas impõe restrições de direitos entre os filhos biológicos e os adotados especialmente nas questões patrimoniais.

Em 1965, a lei 4.655 trouxe a legitimação adotiva para os adotados de até 7 anos cujo poder pátrio fosse perdido, os adotantes não tivessem filhos legítimos e houvesse autorização judicial com permissão dos pais biológicos. Com a adoção passa a ocorrer o cancelamento do registro anterior perdendo o vínculo histórico do adotado com sua família biológica. A condição era que o adotante já tivesse mais de 5 anos de casado sem produzir prole ou demonstrasse, antes deste prazo, a esterilidade. A novidade é que na eventualidade de os adotados terem filho próprio, teriam direitos iguais, ressalvados os sucessórios por disposição do artigo 9º: “O legitimado adotiva tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção”.

A Lei 6.697/1979 estabeleceu o novo Código de Menores que, desta vez, trouxe previsões em relação à adoção, revogando o procedimento de legitimação adotiva. O Código adota dois tipos de adoção: a simples, pela qual o adotado não perde o vínculo com sua família biológica e não possui direitos de igualdade com os demais filhos, mantendo situação precária e instável por ser revogável (ainda conforme a regulamentação do Código Civil); e a plena, equivalente aquela descrita acima na Lei 4.655/65 (inclusive preservando a idade de 7 anos), cancelava o registro anterior, perdia o vínculo histórico com a família biológica, determinava a igualdade entre os legítimos ou legitimados e o adotado e é irrevogável, ainda que o adotante viesse a ter filhos. Contudo, “persistia, na lei, a distinção entre filhos legítimos e adotados (e, de modo amplo, entre os nascidos dentro do matrimônio ou fora dele), só encerrada com a Constituição de 1988” (SENADO, 2013).

Nos incisos III e IV, do artigo 96, da Lei 6.697/1979, inaugurou-se o uso da expressão *família substituta* para se referir àquelas acolhedoras dos menores em situação irregular. Esta é a família que fará a adoção simples ou manterá a guarda enquanto a justiça o determinar. Neste caso, valem as regras da adoção simples e não a da adoção plena. Esta observação se faz importante pelo uso do conceito de *família substituta*, como abaixo se verá, na regulamentação trazida pelo Estatuto da Criança e do adolescente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 rompeu-se a distinção entre filhos legítimos, legitimados e adotados. Pelo disposto no artigo 227 qualquer discriminação filial caracteriza inconstitucionalidade. Filhos são filhos independente do mecanismo pelo qual adquiriu a filiação. Assim, todos os direitos são iguais, inclusive na questão sucessória. Assim, também, proíbe-se a discriminação da família em virtude da forma como compõe sua prole. Uma só é a comunidade familiar, seja ela composta por filhos biológicos ou adotados.

4. Família natural e família substitutiva: a discriminação conceitual do ECA e seu impacto no instituto da adoção

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a inauguração do novo sistema de direito de família marcado pela isonomia entre os membros e a proibição de discriminação em razão da filiação, nova regulamentação se fez necessária para regulamentar a situação da adoção. O conceito de adoção simples e adoção plena não encontra mais espaço.

Com o advento da lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, destacou-se a adoção de Crianças e adolescentes sob a égide da prioridade absoluta do interesse da criança, em consequência da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente que, segundo Munir Cury,

> tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia [Sic] de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY; PAULA, 2002, p. 21)

A marca biológica do instituto político, social e jurídico da família tem suas origens remotas. Assim, Áurea Pimentel Pereira afirma que a "família como fato natural, nasceu do impulso biológico, que originariamente uniu o homem e a mulher" (PIMENTEL, 1991, 14). Contudo, a autora é traída pelo relato mostrando nas mesmas páginas outra origem e aplicação do conceito de família, ou seja, a do *pater famílias*, caracterizada pela relação de

posse entre um senhor, sua esposa, filhos, servos e demais bens. Assim, além da origem natural biológica, interesses de caráter patrimonialista marcaram o surgimento da família.

Já para José Sebastião de Oliveira a "primordial função natural" da família "é a conservação e a perpetuação da espécie humana" (OLIVEIRA, 2012, p. 22). Sendo o ser humano frágil necessita da comunidade de proteção. O motivo da formação da comunidade familiar estaria na própria sobrevivência dos indivíduos. Contudo, o autor permanece com o conceito de consanguinidade. Isto é, a comunidade protetiva, socorre a necessidade humana, mas decorre dos vínculos biológicos.

Esta acepção coaduna-se com o ensinamento de Clóvis Beviláqua (1976, p. 16) para quem "*família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguididade"*. Segundo ele, a constituição da família decorre de fatores biológicos e psicológicos assim descritos:

> Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriados e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familial. (BEVILÁQUA, 1976, p. 17)

Com toda vênia à autoridade de Clóvis Bevilaqua, o conceito de família evoluiu acompanhando os novos modelos de comunidades familiares e seu papel social. Como mostra Maria Berenice Dias, o "novo modelo de família funda-se sobre pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família". O elemento central da vida familiar deslocou-se do patrimonial para o individual. Segundo ela, agora "a tônica reside no indivíduo e não mais nos bens e coisas que guarnecem a relação familiar" (DIA, 2009, p. 43).

Nesta linha, bem resumo Rose Melo Venceslau Meireles, com a Constituição de 1988, a

> filiação passou a ser direito do filho, a integrar seu *status* pessoal, não podendo sofrer restrição de qualquer sorte. Atrelado a isso, o exame de DNA promoveu o primeiro giro conceitual da filiação, que passou a ser identificada com o vínculo biológico. Passado o deslumbramento da certeza quanto à origem genética, caminha-se para um novo giro conceitual, desta vez em razão do critério sócio-afetivo. (MEIRELES, 2013, p. 357)

Ao analisar estes conceitos verifica-se a lacuna para se definir a família quando não composta por relações consanguíneas, mas por vínculo de afinidade, ou, o que mais

preocupa o presente trabalho, resultante de vínculo sócio-afetivo, como é o caso da adoção. Desta forma, este conceito como proposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na prática procedimental das adoções dificulta a descrição daquelas famílias cujos pais decidiram trazer para seu núcleo pessoas com outro sangue.

Assim, marido e mulher, sem vínculo de sangue, mas somente civil, social e afetivo, juntam-se a filhos adotados, também sem relação de sangue3. A questão é que nas primeiras acepções descritas acima há a idealização da relação biológica que passa a ser confundida com o vínculo natural. Então, o natural estaria no sangue e não no afeto. Para prevalecer um conceito unilateral de natureza, sem considerar que o afeto também é elemento natural. No ambiente promovido pela Constituição Federal de 1988, a "afetividade, sob o ponto de vista jurídico, fundamenta o reconhecimento de várias relações familiares, inclusive de filiação" (MEIRELES, 2013, p. 357).

De outro lado, segundo Fernando Henrique da Silva Horita (2014, p. 95), "o afeto pode ser considerado como detentor de um papel fundamental no processo de alteração pelo qual entrecruza a família no decorrer do tempo". Além disto, o mesmo autor alerta que "a relevância do afeto faz emergir seu valor jurídico, não proclamando somente a perspectiva patrimonial-individualista", como se convenciona no conceito biológico de filiação, mas se destacando "como princípio norterador do Direito de Família, ou seja paradigma no Direito de Família".

O tema não é estranho ao legislador que já convola a possibilidade de criminalizar o abandono afetivo através do Projeto de Lei 700, de 2007, de iniciativa do Senado que pretende modificar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, sem distinguir, neste caso se o vínculo é de sangue ou somente civil.O que está em jogo é a importância da relação afetiva como demonstração da importância jurídica do problema.

A conceituação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente recupera o conceito de família substituta e enfatiza a importância da família natural, entendendo com isto aquela cuja filiação civil decorre de relação sanguínea. A idealização da família biológica como espaço mais adequado para a permanência da criança, inclusive associando o termo natural ao termo biológico, em desprezo ao elemento afetivo como instrumento também natural e essencial para os vínculos de parentalidade, em prejuízo retratado pela caracterização da família adotiva como substituta, expressa a reprodução jurídica de preconceitos sociais.

A consequência negativa se dá na ineficácia do instituto da adoção para muitos que crescerão nas idas e vindas entre os abrigos e a casa biológica; ou em permanente estágio como abrigado sem a visita dos pais, no aguardo de ambiente no qual possa desenvolver suas potencialidades. A idealização acaba por retardar os processos de adoção fazendo com que as crianças em situação de abandono cresçam em abrigos e distante da proteção da família.

O pressuposto ideológico da família ideal assimilado pelo direito através da conceituação do ECA representa importante dificuldade para a eficácia social da adoção além de colocar muitas crianças abandonadas em risco de ficar definitivamente fora da convivência familiar.Com toda vênia e respeito à família biológica, quando ela se torna conceitualmente natural induz-se a ideia de que a nova relação de filiação, gestada por mecanismos sócio-afetivo, é artificial. Concorrendo, então a família natural com a artificial, isto é a biológica com a sócio-afetiva, ou ainda, a titular com a substituta. Há involução à compreensão anterior ao novo ambiente constitucional.

Desta forma, Maria Tereza Maldonado alerta que no Brasil "a família de adoção ainda é a que mais se encontra atingida pelo segredo, pela vergonha e pelos preconceitos". Portanto, se quiser uma cultura da adoção, caberá trabalhar para tornar a família formada por filiação adotiva "como tão válida quanto as outras" (MALDONADO, 2001, p. 28). E, como se verá abaixo, não é esta a contribuição da atual regulamentação do instituto no Estatuo da Criança e do adolescente.

A história e os fatos presentes mostram o desencontro entre o ideal de ser criado entre os do mesmo sangue e o abandono de tantas crianças pelos pais biológicos. Salta aos olhos, mesmo numa leitura superficial, o privilégio da família biológica e, inclusive, certo preconceito contra a família adotante, nele incluída entre as formas de substitutas. Talvez isto decorra da dificuldade em conviver com a nova exigência de igualdade intra-familiar em relação à filiação. Afinal, faz somente 28 anos que se fala em isonomia entre os filhos contra quase 100 anos de história da legislação (considerando apenas o período analisado acima) marcada pela precariedade da situação dos adotados. Isto sem retomar a história milenar da inferioridade de condição dos adotivos.

A prioridade da família biológica sobre a construção social e afetiva manifesta-se de modo expresso na Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), especialmente quando ele, em norma explicativa, afirma no artigo 19 que:

> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, **excepcionalmente**, em **família substituta**, assegurada a convivência

> familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (grifo nosso)

A intenção do legislador, caracterizada pelo advérbio *excepcionalmente*, reflete a vontade de preservar arelação biológica, mesmo quando já ocorrida a experiência do abandono. Como se verá abaixo, a regulamentação trás, em oposição ao preceito constitucional da isonomia, a dicotomia entre a família natural e a substituta. Assim considerando, segue na mesma linha, a orientação normativa para a decisão da autoridade judicial no parágrafo primeiro, do artigo em comento, no qual se lê:

> § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe inter-profissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (grifo nosso)

Com isto, "de forma fundamentada" a autoridade judicial deve decidir pela "reintegração familiar" na comunidade biológica ou, considerando o *caput*, de maneira excepcional autorizando a "colocação em família substituta". A prioridade se torna inequívoca com a leitura do parágrafo terceiro, do artigo em comento:

> § 3º**A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência**, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (grifo nosso)

Manter a criança ou adolescente em sua família biológica é a preferência absoluta "em relação a qualquer outra providência". Contudo, consciente de que o retorno ao mesmo ambiente formatado pelas mesmas condições poderá manter a situação de abandono, de maus-tratos, ou demais situações, inclusive da presença de entorpecente, a lei dispõe sobre a inclusão da família em programas educativos e assistenciais, "orientação e auxílio".

No guia para a adoção, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) confirma a política de preferência pela família biológica. Ao analisar o artigo 19, afirma-se que se trata de

> mais um dispositivo que reforça o direito da criança de ser criada por sua família biológica. Trata também das medidas que podem ser aplicadas aos familiares, sempre com o objetivo de criar condições para que esse retorno ocorra. (PACHÁ; VIEIRA JUNOR, 2009)

Ao se criticar a morosidade na destituição do poder familiar e no desligamento da criança e do adolescente de sua família de origem, não se quer estimular o apressamento arriscado que torna vulnerável as famílias mais pobres. Portanto, a retirada das crianças e adolescentes de suas famílias biológicas deve ser precedida das análises que permitam uma decisão bem fundamentada e com justificativas razoáveis.

Então, se de um lado não é razoável o afastamento do filho de seus pais biológicos por qualquer motivo ou sem a adequada avaliação, devendo a destituição do poder familiar ser baseada em profunda análise do caso em concreto. Porém, este estudo e a tentativa de contornar as dificuldades para a conservação da criança e adolescente em seu ambiente biológico não podem resultar na impossibilidade de lhes dar nova família. Pois, quando a dúvida se delonga no tempo, acontece o definitivo abandono de crianças ou adolescentes em casas de acolhimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não se contenta em determinar a existência de família natural como pequeno núcleo composto por pais e filhos, mas amplia a naturalidade biológica dos laços sanguíneos através da propositura do instituto da família extensa como se lê no artigo 25 da referida lei. Além de priorizar as relações de afinidade, desta feita, o próprio dispositivo penal reconhece a importância dos vínculos afetivos.

Contudo, a longa espera pelo o convencimento da justiça de que não há estrutura, condições ou interesse de acolhimento para a criança em sua família biológica e nem mesmo na ampliada atrasa o procedimento de habilitação para a adoção, resultando em crianças cada vez mais velhas e menos adotáveis.Durante as tentativas de adequar a família biológica à criança, ocorre seu e envelhecimento diminuído suas chances de adoção.

> Nesse sentido, por estas crianças terem pouco tempo para contar com a sorte de serem acolhidas em uma família, a participação do Estado e dos agentes responsáveis por assegurar seus direitos precisa ser efetiva durante o acolhimento. Esta etapa é o último recurso do menor para a garantia de sua dignidade, onde uma segunda falha suscitará em perdas sociais irreparáveis e em desperdícios de futuros dignos. (NUNES, 2015, p. 26)

Ao tratar do tema da adoção e de seus procedimentos, o Estatuto da Criança e do Adolescente inclui, no artigo 25, norma definidora para demarcar a diferença entre família e família extensa ou ampliada da seguinte forma:

> Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.
> Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes

> próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Destaque o mau uso do conceito jurídico de afinidade, pois juridicamente o parentesco dos afins decorrem de relação civil desvinculada de elo biológico. O conceito de parente afim decorre de relação jurídica e não necessariamente de proximidade física, como o texto da lei faz supor. Portanto, a criança e o adolescente mantém parentesco tanto com os quais se vincula por laços consanguíneos com os parentes dos pais, mas também com os esposos e esposas dos tios e tias, sendo estes relacionados à família por afinidade.

A acepção do Estatuto desrespeita a definição encontrada no Código Civil:

> Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.
> § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.
> § 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

A lei define a família substituta como aquela composta de modo provisório ou precário pela guarda ou tutela e em caráter permanente pela adoção. Além disto, expressa de modo direto a idealização da manutenção da criança com a família natural ou com a extensa. O artigo 28 do ECA informa o nome da família composta pela inclusão de filiado por procedimento adotivo. Assim, a inclusão em família através da adoção na verdade caracteriza a substituição, a troca da família titular pela reserva, isto é, da natural pela artificial, ou ainda, da biológica pela sócio-afetiva.

> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Tendo a nova relação formada pela filiação adotiva definição legal de natureza substitutiva, em consequência lógica o texto jurídico reduz a possibilidade de seu uso apenas em situações de excepcionalidade após todas as tentativas de recolocação da criança entre seus entes biológicos ou afins. A solução do abandono se subordina à regra de reintrodução do abandonado em sua família de origem.

> Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei. (...) § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

A prioridade absoluta da família biológica e, até mesmo, da extensa, está expressa quando a lei determina a adoção somente após “esgotados os recursos” para preservar a unidade da comunidade causadora do abandono. O instituto da adoção se coloca entre abandonos e reencontros e sua existência decorre da necessidade de suprir as imperfeições das relações familiares de filiação. Conforme ensina Weber (2001, p. 251), "pais perfeitos não existem, e pais por adoção não escapam a esta regra" (WEBER, 2001, 251).

A questão não gira em torna da situação ideal dos pais adotantes, sejam biológicos ou sócio-afetivos. A idealização da convivência e da estrutura dista de ser condição essencial da família, mesmo quando se trata da relação entre pais e filhos de origem biológica. A existência de crianças abandonadas confirma esta dura realidade, seja em relação à estrutura familiar seja em decorrência da falta de condições materiais para o cuidado, ou ainda ausência de maturidade para o estabelecimento de laços afetivos. Contanto ainda com os problemas relacionados a vício de drogas. Tais problemas podem incidir em qualquer modelo de família (WEBER, 2001, 251).

A compreensão jurídica de que a família biológica representa o lugar ideal para a criança, perceptível na diferenciação entre família natural e família substituta, representa importante entrave para melhor eficácia do instituto da adoção. A insistência em manter a criança entre seus genitores ou parentes, até esgotar todas as possibilidades, faz o tempo passar e, com ele, diminuírem as chances de se encontrar a própria família.

O meio de aquisição da filiação não serve de critério de discriminação legal, nem de mecanismo para assegurar a inexistência de problemas na relação pais e filhos e na criação da prole. Os números do abandono indicam que vínculo sangue ou sua ausência não é critério para determinar o compromisso com o cuidado. O elo sanguíneo sem o vínculo afetivo indica a perda de qualidade da relação de filiação. A inclusão biológica do indivíduo em determinada família não decorre necessariamente da escolha madura e planejada, o que em geral se é cobrado e avaliado na habilitação dos interessados em adotar.

Assim, o próprio modelo de filiação adotiva indica uma tendência para a abertura ao afeto e ao compromisso de cuidado.Como assegura Weber, “adotar é acreditar que o amor e a ternura são mais fortes do que o destino e que o ser humano tem a capacidade de reinventar novas formas de adaptação ao mundo”(WEBER, 2001, 251).

Como se vê, nenhuma família é perfeita e todas estão sujeitas às vicissitudes da liquidez das relações modernas e aos consequentes problemas do compromisso familiar.Em tempos de liquidez, diferenciar o natural e o substituto não corresponde às exigências necessárias para dar família a quem não a tem. Se a busca for pela família idealizada com

garantias do relacionamento estável para sempre, será difícil até para situar os filhos naturais dos casais. A adoção exige famílias reais e com boas condições para a criação e educação dos filhos. Filhos adotados sofrerão sempre com as mesmas mazelas dos filhos naturais no tocante aos problemas que a qualquer momento pode atingir o ambiente familiar.

Conclusão

Assim posto, conclui-se que a disposição legal de retomar o conceito de família substituta contraposto ao de família natural, além de indicar desconformidade com a nova ordem constitucional e sua implicação no direito de família, apresenta-se como importante obstáculo para a eficácia do instituto da adoção, tanto para o contexto geral do Brasil, como para as unidades da federação, inclusive da região Amazônica.

O esforço para manter a criança em seu ambiente biológico, após ela já estar em condições de abandono, acaba por resultar na privação do direito constitucional de convivência em ambiente familiar saudável e seguro. Com isto, resulta a falta de cuidado e prejuízos para o crescimento, formação humana e profissional de crianças e adolescentes crescidos em casas abrigos ou no vai-e-vem entre o abrigo e a família biológica ou algum membro da família extensa.

A concepção de família substituta só fazia sentido quando o ordenamento suportava a noção de adoção simples em opção à plena. Agora com a adoção sendo única e definitiva e a discriminação em razão da filiação defesa constitucionalmente, convém abandonar os antigos conceitos para se falar em família e pensar formatações jurídicas que suportem vínculos familiares de filiação capazes de dar a todos a experiência de cuidado e de formação para o adequado desenvolvimento da dignidade humana de todas as crianças e adolescentes.

A nova família resultada da adoção não é substituta, mas tão somente família marcada pelo vínculo, talvez natural, da afetividade. O mais adequado seria seguir a determinação constitucional da não discriminação das famílias em razão da filiação. A denominação de família substituta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para as famílias formadas a partir do vínculo da filiação adotiva significa retroação no tempo anterior ao atual ordenamento constitucional, bem como caracteriza inconstitucionalidade diante da proibição de discriminação da família pelo critério de filiação.

Este conceito discriminatório reproduz preconceitos presentes na sociedade representando séria dificuldade para a eficácia do instituto. Isto porque, enquanto se idealiza a

família biológica e a restauração de seu ambiente para a criança e o adolescente, estes ficam mais velhos e com mais dificuldade de serem acolhidos em nova comunidade familiar. A solução está no reconhecimento constitucional de que família é família independente do modelo de filiação e em evitar o preconceito contra as famílias adotivas.

BIBLIOGRAFIA

AMB. **Percepção da população Brasileira sobre adoção.** Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/amb/pesquisa_adocao.pdf. Acesso em: 08/06/2017.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono Afetivo:** considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Revista CEJ, Brasília, n. 33. pp. 43 – 53, ../jun. 2006

AZEVEDO, Rita. **Crianças esperam mais de três anos para serem adotadas:** quanto mais o processo demora, menores as chances de encontrar uma nova família**.** In: http://exame.abril.com.br/brasil/criancas-esperam-ate-tres-anos-para-poder-ser-adotadas/; acesso em 16/06/2017/.

BARROS, Sérgio Resende de. ***Status Familiae***. sd. In: http://www.srbarros.com.br/pt/-i-status-familiae--i-.cont; Acesso em 24/05/2017.

BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos Humanos da Família:** Principiais e operacionais**.** 2003b. In: http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principiais-e-operacionais.cont; Acesso em: 24/05/2017.

BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos Humanos e Direito de Família.** In:http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont, 2003; acesso em: 24/05/2017.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do** Adolescente – Lei 6.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm; acesso em 08/06/2017.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 6.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm; acesso em 08/06/2017.

BRASIL, **Lei 3.071/1916 – Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm; Acesso em: 09/06/2017.

BRASIL, **Lei 3.071/1916 – Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm; Acesso em: 09/06/2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/06/2017.

BRASIL. **Decreto 17.943/1927 – Estabelece o Código de Menores. Disponível** em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm; acesso em: 09/06/2017.

BRASIL. **Lei 3.137/1957 – Atualiza o instituto da adoção no Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm Acesso em: 09/06/2017.

BRASIL. **LEI 4.655/1965 – Dispõe sobre a legitimidade adotiva.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm. Acesso em: 09/06/2017.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente *anotado*.** 3 ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

HORITA. Fernando Henrique da Silva. **Afeto, Amor e Fraternidade: por novos paradigmas no Direito de Família**. in: TOLEDO, Iara Rodrigues de; MENDES, Daiane Cristina da Silva; PEREIRA, Sarah Caroline de. Estudos acerca do Princípio da afetividade no Direito das Famílias. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. pp. 93 – 108.

MALDONADO, Maria Tereza. **Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos.** 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Filiação Biológica, sócioafetiva e registral.** in: MENEZES, Loyceane Bezerra d; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direitos das Famílias pro juristas Brasileiras. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. pp. 149 – 364.

NUNES, Marcelo Guedes. **Processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p.25

OEA. **Pacto de São José da Costa Rica –** Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos - 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues /c.convencao_americana.htm. Acesso em: 08/06/2017

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora do Tribunais, 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 08/06/2017.

PACHÁ, Andrea Miguel; VIEIRA JUNIOR, Ênio Gentil. **Novas Regras para a Adoção:** Guia Comentado – campanha da AMB pela adoção consciente. Disponível em: http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/adocao_comentado.pdf; Acesso em 10/06/2017.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família:** breves comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991.

SENADO. **Adoção: mudar um destino –** Revista Em Discussão, ano 4, n. 15, Maio de 2013. Disponível em: https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_maio_2013_internet.pdf, Acesso em: 09 de junho de 2017

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia:** da família sonhada à família possível. 2 ed. São Paulo: Casa do Pscólogo, 2013.

WEBER,Lidia Natalia D. **Pais e filhos por adoção no Brasil:** características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Editora: Juruá, 2001