

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

FERNANDA ANTONIOLI CARDOZO

**AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIAS E O DIREITO À ADOÇÃO HOMOAfetiva
DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS:
UMA ANÁLISE JURÍDICO-SOCIOLÓGICA**

FRANCA

2017

FERNANDA ANTONIOLI CARDOZO

**AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIAS E O DIREITO À ADOÇÃO HOMOAfetiva
DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS:
UMA ANÁLISE JURÍDICO-SOCIOLÓGICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Sociedade e Políticas Públicas.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Borba Marchetto.

FRANCA

2017

C268n

Cardozo, Fernanda Antonioli

AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIAS E O DIREITO
À ADOÇÃO HOMOAFETIVA DE EMBRIÕES
EXCEDENTÁRIOS: UMA ANÁLISE

JURÍDICO-SOCIOLOGICA / Fernanda Antonioli

Cardozo. -- Franca, 2017

189 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista
(Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Patrícia Borba Marchetto

1. Famílias. 2. Afetividade. 3. Adoção. 4. Embriões Excedentários

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp.

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo (a) autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

FERNANDA ANTONIOLI CARDOZO

**AS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIAS E O DIREITO À ADOÇÃO HOMOAfetiva
DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS:
UMA ANÁLISE JURÍDICO-SOCIOLÓGICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Sociedade e Políticas Públicas.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Patrícia Borba Marchetto

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de ____ de 2017.

Com muito amor e gratidão, dedico este trabalho aos meus pais Vânia e José Luiz, que nas incertezas diárias não me deixaram desistir, permanecendo ao meu lado diuturnamente, me dando força e me fazendo acreditar quando pensava não ser capaz.

“Quem dera por um descuido, Deus lhes fizesse eternos.”

AGRADECIMENTOS

Dentre os muitos significados que a palavra agradecer tem no dicionário, mostrar ou manifestar gratidão, reconhecer, compensar de maneira equivalente e retribuir são uns deles. Analisando estes sinônimos, me acometi da reflexão de que não conseguiria compensar de maneira equivalente a amizade de todos que comigo estiveram durante os anos em que o mestrado tomou conta de minha rotina, tampouco me limito a pensar que a ajuda e inspiração necessárias para a conclusão deste trabalho vieram somente por intermédio dos laços físicos. Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus como pressuposto para reconhecer as oportunidades a mim concedidas. Sem o apoio e a inspiração divinos eu não seria capaz de concluir esta etapa, nem mesmo reafirmar minha escolha pelo Direito. Sou profundamente grata ao plano espiritual por terem me aberto os olhos e o coração ao mais gratificante meio de me utilizar do direito como instrumento de transformação social refletido no amor: A ADOÇÃO!

Para a caminhada terrena me foram concedidos mais do que pais, dois companheiros encorajadores, que não medem esforços para me auxiliar na concretização dos meus sonhos. Agradeço aos meus queridos e amados Vânia e José Luiz pela injeção diária de ânimo, pelo exemplo vivo de dedicação e amor ao próximo, por serem meu porto-seguro e por acreditarem em mim às vezes até mais do que eu mesma. Vocês são a maior inspiração para minha vida e eu vos amo do fundo da minha alma!

Agradeço de maneira geral às minhas tias, tios, avós e primos. De maneira específica, agradeço os exemplos de dois queridos que nos deixaram para continuar a caminhada do outro lado: meu avô Antônio, guerreiro e trabalhador incessante, que nos permitiu através da simplicidade compreender valores essenciais à vida, e meu tio Tião, exemplo de comprometimento com o próximo, fonte de inspiração e indignação para com as desigualdades. Tião Cardozo, presente!

Sigo agradecendo às irmãs que a vida muito generosamente me deu: as minhas amigas e companheiras da República Tropicana. Yoko, Gole, Shoyu, Giu, Gabi, Minds, Marina, Fifi e Tranco, obrigada por me permitirem entender que os laços de amizade vão além da distância física, aceitarem meus defeitos e me cederem os ombros e colos nos momentos difíceis. Amo vocês! 3G, Poeta, Licor, Cadê e Brisada, obrigada por serem a renovação da nossa casa, da nossa geração e manterem nosso cantinho francano cheio de amor. Nanis, obrigada pela ajuda sempre pronta nos assuntos acadêmicos para o ingresso napós-graduação.

O período do mestrado me trouxe novas amizades e permitiu que eu me aproximasse de pessoas que, embora tenham cursado junto comigo a graduação, não imaginava quão

especiais e essenciais se tornariam. Zíper, obrigada pela parceria não só acadêmica, mas de vida. Ana Carolina Carlucci, obrigada pela companhia nas disciplinas remotas, pelos avisos de prazos e pela viagem ao CONPEDI. Agradeço ao Banha, amigo que esteve comigo durante o ingresso no mestrado e por um bom período dele: obrigada pela doçura das conversas, pela companhia e pela divergência saudável de opiniões.

Agradeço aos meus irmãos caninos Vida, Gaia e Thor por me mostraram na prática que “o amor que você recebe é igual ao amor que você dá.”

Agradeço à equipe de funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, em especial ao Naílton pela competência e ajuda sempre pronta e ao Professor Paulo Borges, pela dedicação e comprometimento. Agradeço à Professora Luciana Lopes Canavez pela orientação no estágio de docência e pela amizade que dele surgiu. Agradeço às Professoras Adriana Augusta Telles de Miranda e Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga pela ajuda e apontamentos feitos na qualificação.

Agradeço à minha orientadora Professora Patrícia Borba Marchetto pela paciência, ajuda, incentivo e inspiração acadêmica. Pá, obrigada por acreditar em mim e no meu trabalho!

Agradeço à UNESP, Universidade que me acolheu em 2010 e se tornou fundamental à minha formação acadêmica e pessoal. As experiências de vida, os meios para trabalhar e o pensamento crítico sobre a realidade, devo inteiramente à Universidade que me inspira e aos funcionários que a fazem funcionar.

“Os meninos daquela casa ficavam... ficavam... e ficavam lá... até não serem mais meninos!!![...] Eles queriam ser amados!!! Em pouco tempo muitas pessoas apareceram para serem famílias novas para aqueles meninos... E cada um encontrou uma família... Cada uma com seu jeito... Todas com muito afeto...”

Sávio Bittencourt

CARDOZO, Fernanda Antonioli. **As novas formas de família e o direito à adoção homoafetiva de embriões excedentários**: uma análise jurídico sociológica. 2017. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise jurídica, bioética e sociológica das relações sociais ensejadoras de uma nova estrutura familiar pautada no afeto como elemento principal. Separte do marco referencial de quebra de paradigmas e estamentos proposta pela Revolução Francesa refletida na liquidez dos valores arcaico-medievais e por isso se designa dois pilares estruturadores: as novas formas de famílias possibilitadoras da sobreposição da socioafetividade em detrimento dos vínculos biológicos, e a evolução técnico-científica como pórtico para o estudo das técnicas de reprodução assistida e da adoção homoafetiva de embriões excedentários. Ao se trabalhar com filiação e com bioética, esta tida como reforço para o lado mais frágil de qualquer inter-relação histórica e socialmente determinada, inevitavelmente se defronta com os elevados índices de crianças e adolescentes sob recolhimento institucional, com a morosidade do processo de adoção e com o também elevado número de pessoas que integram o Cadastro Nacional de Adoção na expectativa de se valerem dos laços socioafetivos para composição da família. Posto que são mais de quarenta e seis mil menores privados de convivência familiar, a discussão proposta encontra razão de persistir e apontar os entraves do processo de adoção, bem como traçar possíveis soluções para sua morosidade. A dignidade da pessoa humana, elevada ao patamar de princípio norteador das relações jurídicas, delineia, em consonância com análise pautada da bioética global, a necessidade de se estender como garantia de direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente. Todavia, se nota ineficiência da prestação da dignidade pela via estatal, fato que enseja no elevado número de menores sob acolhimento institucional, privados de convivência familiar e oportunidades que lhe facultem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Assim sendo, se faz necessária propositura do Anteprojeto do Estatuto da Adoção formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), que visa a celeridade do processo de adoção pautado na diminuição de prazos, do acompanhamento psicológico feito por equipe técnica, maior apoio às mães que pretendem entregar seu filho à adoção e desburocratizar o procedimento de destituição do poder familiar. Outrossim, no que tange à adoção de embriões excedentários em contraposição (ou não) à adoção de crianças nascidas, se entende que as interpretações morais das sociedades plurais e democráticas do século XXI devem ensejar o respeito às escolhas individuais de forma a promover a tolerância; de forma a promover a não sobreposição de interesses, mas o a junção de todos os elementos e conceitos que se iluminam mutuamente, proporcionando uma noção mais palpável e harmônica das realidades social e científica, que são latentes e devem constar nas discussões e preocupações jurídicas.

Palavras-chave: famílias. afetividade. adoção. embriões excedentários

CARDOZO, Fernanda Antonioli. **As novas formas de família e o direito à adoção homoafetiva de embriões excedentários**: uma análise jurídico sociológica. 2017. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

The present work has as scope the juridical, bioethical and sociological analysis of the social relations leading to a new family structure based on affection as main element. It is part of the referential framework of paradigm-breaking and estates proposed by the French Revolution, reflected in the liquidity of the archaic-medieval values and, therefore, two structuring pillars are designated: the new forms of families that make possible the overlapping of socio-affectivity to the detriment of biological ties; Technical-scientific evolution as a portal for the study of techniques of assisted reproduction and the homoaffective adoption of surplus embryos. By working with affiliation and bioethics, which is seen as reinforcing the most fragile side of any historically and socially determined interrelationship, it inevitably faces the high rates of children and adolescents under institutional retirement, with the slowness of the adoption process And with the high number of people who are part of the National Registry of Adoption in the expectation of using socio-affective ties for family composition. Since there are more than forty-six thousand children deprived of family coexistence, the proposed discussion finds reason to persist and point out the obstacles of the adoption process, as well as to outline possible solutions for their slowness. The dignity of the human person, elevated to the guiding principle of juridical relations, outlines, in line with the established analysis of global bioethics, the need to extend as a guarantee of fundamental rights inherent to the child and the adolescent. However, there is an inefficiency in the provision of dignity through the state, which results in the high number of children under institutional shelter, deprived of family coexistence and opportunities to provide physical, mental, moral, spiritual and social development in conditions of freedom And dignity. Thus, it is necessary to propose the Draft of the Statute of Adoption formulated by the IBDFAM, which aims at speeding the adoption process based on the reduction of deadlines, the psychological monitoring done by technical staff, greater support to mothers who intend to surrender their child to adoption and to bureaucratize the procedure of destitution of the family power. Moreover, with regard to the adoption of surplus embryos as opposed to (or not) the adoption of born children, it is understood that the moral interpretations of plural and democratic societies of the 21st century should lead to respect for individual choices in order to promote tolerance; In order to promote the non-overlapping of interests, but the combination of all elements and concepts that illuminate each other, providing a more palpable and harmonious notion of social and scientific realities, which are latent and must be included in the legal discussions and concerns.

Keywords: families. affectivity. adoption. surplus embryos.

LISTA DE SIGLAS

ANGAAD	Associação Nacional de Grupos de Apoio à Adoção
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNA	Cadastro Nacional de Adoção
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DPVAT	Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	<i>fertilização in vitro</i>
FIVETE	fecundação <i>in vitro</i> seguida de transferência de embriões
GIFT	transferência intratubária de gametas
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito das Famílias
ICSI	injeção intracitoplasmática do espermatozoide
IIU	inseminação artificial intrauterina
LINBD	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
OMS	Organização Mundial da Saúde
SAI	Sistema Informatizado de Acolhimento
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TGP	técnica de diagnóstico pré-implantacional
TRA	Técnicas de Reprodução Assistida
UNB	Universidade de Brasília
UNESCO	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 DA SOCIEDADE MODERNA, PÓS MODERNA E SUAS EVOLUÇÕES	
.....	17
1.1 Da ética e moral contemporâneas: um estudo complementar	20
1.2 Modernidade líquida versus liberdade	23
1.3 Famílias e seus desdobramentos modernos	26
1.4 Da evolução legislativa	30
1.5 Afetividade	33
1.6 Julgamento do Recurso Extraordinário 898060-SC e os reflexos da socioafetividade:	
 multiparentalidade.....	37
1.7 A técnica como fato propulsor da ciência: dignidade através da bioética.....	40
 CAPÍTULO 2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, FILIAÇÃO,	
 HOMOAFETIVIDADE E ADOÇÃO DE EMBRIÕES	
 EXCEDENTÁRIOS	45
2.1 Técnicas de reprodução assistida (TRA).....	49
2.2 Personalidade jurídica	54
2.3 Personalidade civil do nascituro e do embrião	59
 2.3.1 Teorias relativas ao início da vida.....	63
2.4 Filiação no código civil.....	65
2.5 Adoção	73
2.6 Adoção de nascituros e embriões excedentários.....	76
2.7 Homoafetividade	81
2.8 Adoção homoafetiva.....	87
2.9 Adoção homoafetiva de embriões excedentários	91
 CAPÍTULO 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ESTATUTO DA ADOÇÃO...96	
3.1 A dignidade da pessoa humana.....	96
3.2 Dignidade da pessoa humana e garantia dos direitos fundamentais	102
3.3 Direitos fundamentais e eficácia frente o estatuto da criança e do adolescente	107
3.4 Estatuto da criança e do adolescente, lei nacional da adoção e adoção.....	112
3.5 O processo de adoção	115

3.6 Entraves e consequências do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro	118
3.6.1 <i>A dificuldade da entrega</i>	119
3.6.2 <i>Destituição do poder familiar e necessidade de inserção na família natural ou extensa</i>	120
3.6.3 <i>Cadastro Nacional de Adoção</i>	122
3.6.4 <i>Guarda provisória, sentença e devolução do adotado: criação e quebra de expectativas</i>	123
3.7 Soluções para acelerar o processo de adoção	124
3.8 Adoção à luz da bioética	127
CONCLUSÃO	133
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

A sociedade, como que fadada à evolução, dela se apropria para ditar seus novos rumos, valores, progressos, medos e fracassos. É intrínseca ao homem a necessidade de mudança e, como ser social que é, traduz a história da humanidade pautada na quebra e reconstrução de paradigmas, regras, direitos e deveres.

Representados figurativamente por sólidos os valores engessados de uma sociedade ávida por mudanças, se demonstra, com fulcro teórico pautado na teoria da Liquidez de Zygmunt Bauman e na doutrina de Maria Berenice Dias, a necessidade de quebra sólido-paradigmática social, instaurando líquidos consistentes na ordem comportamental vigente, elucidando à necessidade evolutiva consciente e progressista que acompanha o desenvolvimento legislativo e jurídico. A nova ordem estrutural familiar se justifica pelo rompimento dos sólidos pertencentes ao matrimônio patriarcal e religioso, fundamentado sob o alicerce da heterossexualidade e da finalidade reprodutiva. Lhe concede, outrossim, liberdade de alçar voos tangentes à democratização de sentimentos e à concretização do afeto como elemento principal da estrutura familiar, fato que permite pensar as uniões homoafetivas e a adoção como representação máxima da vigência da dignidade da pessoa humana instaurada como princípio constitucional.

Há que se aludir, neste momento, ao pilar estruturador do presente trabalho que advém do marco referencial da Revolução Francesa. Esta, sob a repercussão de seus desdobramentos, institui a razão como precursora da coragem de que se acometeu a sociedade para a quebra de valores arcaico-conservadores e submissos ao medievo clerical e monarquista. Dois são os pontos principais nos quais se fundamenta o desmembramento do raciocínio em questão: a racionalidade como instrumento libertador, que se figura contemporaneamente nas diversas formas de famílias incluindo as homoafetivas e instaurando o marco afetivo como fator determinante das relações familiares; e a evolução científica alcançada via incentivo iluminista, que nos permite hoje tanto aumentar a qualidade de vida e conforto, quanto realizar pesquisas desta monta que visam ampliar os estudos sobre as técnicas de reprodução assistida, possibilitando o surgimento dos embriões excedentários e a adoção destes por casais homoafetivos.

A ética, entendida como uma forma específica de comportamento humano, possibilita entender seu relacionamento com outras ciências que, sob ângulos diversos, estudam as interações e o comportamento dos homens em sociedade e proporcionam dados e conclusões que contribuem para o esclarecimento do tipo peculiar de comportamento humano que se traduz

na moral. Interligadas, ética e moral influenciam na análise bioética das novas formas de famílias e guiam as pesquisas tangentes à evolução científica. Neste sentido, as técnicas de reprodução assistida, ao passo que impulsionam novas possibilidades de geração da vida, provocam profundos desafios aos pressupostos tradicionais do que é família constituída por pai, mãe e filhos. Outrossim, a ética como reflexo da moral, é evidenciada nas decisões judiciais concernentes a assuntos não abordados pelo legislador, seja pelo conteúdo progressista, seja pela própria inércia legislativa, e, neste trabalho, se fará crucial para a análise proposta.

A família, pilar estrutural fundamental ao alicerce da sociedade passou por mudanças no que tange à sua maneira de se perpetuar enquanto referência religiosa da imaculação conjugal e submissão feminina. Atualmente, se entende por família aquela regida tanto pelos laços sanguíneos, quanto pelos laços de afeto, o que dá ensejo a outras muitas formas familiares necessárias à evolução social e do conceito de afetividade. Democratizar os sentimentos é aceitar qualquer tipo de organização familiar, contanto que o sentimento de amor impere entre seus membros, e isso engloba a relação monoparental, a homoafetiva, a heterossexual, o poliamor.

O desdobramento da pesquisa feita no primeiro capítulo tangente às formas de famílias desembocando no instituto da adoção, coesamente, representa o pórtico para o estudo das técnicas de reprodução assistida, da problemática referente aos embriões excedentários e da possibilidade de sua adoção por casais homoafetivos, bem como, comparativamente, à adoção de crianças nascidas.

Objeto da multi-inter-transdisciplinaridade bioética, o tema em análise permite adentrar às searas do direito, da engenharia genética e da sociologia, como que numa simbiose necessária para o estudo da problemática que acomete a questão da criopreservação dos embriões excedentários, do descarte ou da sua doação. Para tanto, para além das demais discussões que poderão advir, será adotada a teoria que considera o embrião sujeito de personalidade jurídica, ou seja, a Teoria Concepcionista. Para longe das suas demais repercussões tangentes ao direito de personalidade embrionário, não se consegue tratar de adoção de embriões excedentários quando não os admite serem dotados de direitos relativos à personalidade jurídica, e isso se atualiza pelas recentes decisões concernentes à doação de gametas para casais homoafetivos.

Em contrapartida, com o intuito comparativo, se faz necessária a pesquisa relativa à adoção de crianças, estas já nascidas, destituídas do poder familiar, de afeto e institucionalmente acolhidas.

A priori, se entende que não se deve olvidar das crianças dotadas de vida, as que já passaram pela fase embrionária e hoje necessitam da concretude das relações familiares de afeto.

Há, todavia, que se atentar à intenção adotiva de embriões e do acompanhamento gestacional que acomete casais homoafetivos que dispõem de condições financeiras para realização da técnica de *fertilização in vitro*.

Muitos são os avanços jurisprudenciais que permitem o progresso e a existência desta pesquisa, como o Provimento n. 21/2015, de 29.10.2015 da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, que versa sobre a desjudicialização da reprodução assistida, e a Resolução n. 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina que trata da doação temporária de útero, bem como da doação de gametas referentes à fertilização por terceiros.

Sob o intento de proporcionar caminhada jurídica se não conjunta, próxima da evolução científica e em consonância com as necessidades sociais, se encontra este trabalho. Sua função é conduzir, sob os olhares da ética pós-moderna, as pesquisas de cunho científico à tutela cabível ao direito, à contínua evolução social, para que se chegue ao que Potter pedira: “O que lhes peço é que pensem a bioética como uma nova ética científica que combina a humildade, responsabilidade e competência numa perspectiva interdisciplinar e intercultural e que potencializa o sentido de humanidade” (POTTER, 1998).

Através da inclusão aqui almejada, que não prevê a discriminação de casais homoafetivos, mas que intenta alcançar a igualdade de direitos transfigurada sob a intenção adotiva homoafetiva e seus desdobramentos, que traduzem a afetividade como fator fundamental na formação de uma família para além dos laços biológicos, que este trabalho é escrito.

Para que a bioética chegue a todos os habitantes do mundo, será feita a análise proposta sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana e sua intenção pós racionalista extrema, onde se tem a figura humana coabitando com o meio ambiente e todos os seres vivos que dele se usam como meio potencial para viver. Como que simbioticamente, o direito e a ciência convergem ao bem-estar e à procura da constante melhora, do novo e da eterna evolução. Soaria incondizente tratar da complementariedade científico-jurídica sem pensar no todo obtido através da necessária quebra de paradigmas medievais e da racionalidade.

Contraditório seria, também, se pensássemos a bioética como mero desdobramento da relação médico-paciente. Sendo utilizada em seu aspecto de macro abrangência, pode adentrar às relações que envolvem a vida em seu sentido mais amplo e permite que sejam traçadas as diretrizes deste trabalho pautadas no afeto como principal estrutura familiar, resultado da

liquefação dos valores medievais em seu sentido mais positivo: a libertação do homem moderno e seu empoderamento racional.

Metodologicamente, o presente trabalho se utiliza da dedução como método de abordagem, visto que parte de um campo generalizado (análise social das estruturas familiares) para um mais restrito (novas formas de família, família homoafetiva), e, deste, para outro ainda mais específico (estudo das resoluções, engenharia genética, adoção homoafetiva de embriões excedentários). Ademais, a temática abordada pela pesquisa, através de seu notório conteúdo teórico, se utilizou, essencialmente, da pesquisa bibliográfica.

Destaca-se por fim, o uso de sítios da Internet, utilizados modernamente em pesquisas, que exerceram função complementar. A utilização deste meio de pesquisa pressupõe responsabilidade, e para tanto, foram trazidas apenas informações da rede quando hospedadas em sítios confiáveis, a trazer doutrina assinada, pesquisas e acórdãos.

CAPÍTULO 1 DA SOCIEDADE MODERNA, PÓS MODERNA E SUAS EVOLUÇÕES

O capítulo que se inicia é destinado ao estudo da evolução pela qual passou a sociedade, seus costumes e modos de pensar, bem como de agir e se relacionar. A delimitação temporal da análise será feita partindo-se da ascensão da Idade Moderna em detrimento da Idade Média, ou da própria Idade Moderna em detrimento da quebra e reconstrução de estamentos por si mesma (pós-modernismo), sendo conduzida ainda pela perspectiva do empoderamento do homem moderno no que tange ao aumento da racionalidade e da busca pelo progresso. Outrossim, de maneira a ser esclarecida mais adiante, a reflexão proposta se debruçará mais especificamente sobre as mudanças no modelo familiar, que, embora não siga hegemonicamente as tradições hebraicas, reproduz o afeto como estrutura principal.

Ao adentrar no estudo da modernidade, fundamental e quase involuntariamente, se remete ao desenvolvimento da humanidade estereotipado pelo modo de produção capitalista (LEITE, 2013), e pela libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais (BAUMAN, 2001). Partindo da metáfora proposta por Zygmunt Bauman, a transição da Idade Média para a Idade Moderna pode ser comparada ao “derretimento dos sólidos” intrínsecos à organização sociocultural da época (aqui se entende baixa-idade média), que se tornara imune aos futuros desafios, com exceção dos econômicos, já libertos. Aos “sólidos” se pode atribuir os valores engessados, estagnados de uma sociedade presa às tradições e ao teocentrismo medieval.

Sob a ótica do caminho à libertação do homem moderno, há que se pensar na quebra de valores e obrigações sociais, valorizando os direitos individuais em contraposição aos coletivos. As luzes do iluminismo emergente indicavam a individualização como caminho para a racionalidade, para o conhecimento livre de amarras e valores retrógrados. Nas palavras de Erick Hobsbawn:

[...] Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento ‘esclarecido’. Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, na superstição das igrejas (distintas da religião ‘racional’ ou ‘natural’), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum critério relevante. [...] O reinado da liberdade individual não poderia deixar de ter as consequências mais benéficas. Os mais extraordinários resultados podiam ser esperados – podiam de fato já ser provenientes- de um exercício irrestrito do talento individual num mundo de razão. (HOBSBAWN, 2015, p. 48).

O esclarecimento das ideias proporcionado pela ascensão do pensamento iluminista em detrimento do medieval carregou consigo mudanças estruturais, sejam elas políticas,

sociais, econômicas ou religiosas. O despertar do homem pensante rumo à instrumentalidade do conhecimento e à liberdade racional o levou a mares outrora nunca navegados.

Pensemos a Revolução Francesa como exemplo de ruptura dos paradigmas estamentais sociais e políticos pertencentes a uma única classe social, e como abalo do regime monárquico-feudal. Dentre as inúmeras rupturas que se podem depreender da transição em questão, a Revolução Francesa se apresenta mais evidente e interessante para o que se intenta demonstrar: a quebra de valores estáticos, a introdução da ciência como meio de evolução e a liberdade (ainda que não de maneira abrangente).

O passo para a modernidade foi dado a partir da transição do pensamento feudal para o moderno, e isso inclui a construção de novos paradigmas, novas ordens a serem dadas e obedecidas. “A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Esta foi a obra da Revolução Francesa.” (HOBSBAWN, 2015, p. 98).

Dentre os feitos da revolução que trazia uma burguesia insatisfeita com os privilégios da elite, se podem destacar o rompimento do regime absolutista e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, teoricamente, foi o instrumento utilizado para a garantia do ideal de liberdade, igualdade e fraternidade. Ocorre que, entretanto, a Declaração, quando estudada mais profundamente, demonstra não ter sido redigida democraticamente, perpetuando, desta forma, os interesses da burguesia e não da plebe. A saber, ainda que no artigo primeiro contenha o enunciado “Os homens nascem e vivem livres e iguais perante a lei”, há distinções sociais mesmo que “somente no terreno da utilidade comum.” (USP, [2017]). Outrossim, a título comprobatório do que se acaba de afirmar, a assembleia representativa, digna do vislumbre de órgão oficial do governo, cuja colaboração na elaboração das leis se daria via participação de todos os cidadãos, era composta por uma minoria não eleita democraticamente. Ademais, nem o regime nela aplicado pretendia eliminar os reis (HOBSBAWN, 2015).

A partir do que fora exposto, se conclui que a expectativa da plebe depositada nas mãos da burguesia no que tange à garantia de seus direitos, evidentemente, restou infrutífera. Novos modelos de conduta e favorecimento sucederam os privilégios reais e mitigaram a conquista de melhores condições de vida, dignidade e participação política.

Novos sólidos, portanto, ocuparam o lugar dos já ultrapassados, e a necessidade de se implantar outro regime de governo (seja ele popular ou não) em consonância com o poder, trouxe consigo novas regras, qual seja, dentre muitas, a implantação do liberalismo econômico.

A população francesa se viu novamente presa a outros estamentos que não a representava e assim, ciclicamente, se pode observar que ocorre com a sociedade, seja no mundo medieval, no moderno ou no pós-moderno.

Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável. (BAUMAN, 2001, p.10).

Ocorre, portanto, que se pode depreender do marco histórico da Revolução Francesa, dois pilares estruturais deste trabalho: a quebra e a reconstrução de estamentos e paradigmas que tangem à estrutura familiar que norteará a transfiguração da sociedade em consonância com a necessidade do olhar pormenorizado às relações homoafetivas e seus desdobramentos; e a ascensão da razão e a consequente evolução científica, trazendo à baila a adoção de embriões excedentários por casais homoafetivos.

As mudanças ocorridas nas sociedades moderna e pós-moderna são embasadas na forma com que o homem se voltou para si, quebrou com a ética medieval cristã e, escorado pela razão e pela ciência, traçou seus rumos futuros.

O incentivo dado para que ocorresse o despertar das ciências até então¹ adormecidas como a química, ajudou na criação de novas matérias como a geologia, e injetou ideias revolucionárias nas ciências biológicas e sociais (HOBBSAWN, 2015).

A ética mudou seu enfoque e passou da descentralização política e econômica guiada pela Igreja, ao racionalismo antropocêntrico. O teocentrismo medieval é caracterizado por ser exacerbado e dominador, e a Igreja é a instituição mais forte, que vela pela defesa da religião e exerce assim monopólio espiritual e intelectual. A moral concreta e efetiva e a ética (aqui entendida como doutrina moral), estavam severamente comprometidas com o conteúdo religioso encontrado nas mais diversas manifestações medievais (VÁZQUEZ, 2011).

No que tange à ética moderna, a transição se deu como até então restou demonstrado: com a insurgência da razão, com a ruptura de valores entre sociedade, governo e Igreja, e com o antropocentrismo. O período de sua influência social vai do século XVI ao XIX, obtendo o ápice na ética Kantiana.

O que se intenta depreender do contexto histórico apresentado é a redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento” da modernidade (BAUMAN, 2001), bem como a transição dos conceitos éticos e morais que nortearão a quebra de paradigmas sociais e

¹ Foi a partir do marco da Revolução Francesa que se pode observar com maior precisão o incentivo à pesquisa e valorização dos cientistas.

religiosos ao longo dos séculos, vão (ou deveriam) nortear os avanços científicos e as relações interpessoais.

1.1 Da ética e moral contemporâneas: um estudo complementar

A razão que derrotou a teologia opera a partir de uma autopoiese sistemática e contínua, que a faz diferente de qualquer outra razão e dá ensejo ao surgimento da ciência moderna (LEITE, 2013). Consigo, ela (ciência) trouxe a tecnologia e o desejo humano de controle das técnicas, trouxe a corrida científica, e serviu de alavanca para a evolução comportamental da sociedade, seus valores e maneiras de crer e se relacionar.

Ocorre que a ciência e a ética, por serem prática e teoria, nem sempre caminham em consonância uma com a outra, ensejando a necessidade do olhar bioético no que tange ao seu brusco afastamento e sua ingênua autossuficiência. A diversidade competente à bioética, para além da solitária incapacidade técnica, ética e jurídica sobre a constante evolução científica e social, desemboca numa questão axiológico-jurídica a respeito do que se deve valorar, proteger, e como fazê-lo (LAMM, 2012). É entendido que esta decisão deve ser tomada levando em consideração a discussão bioética, ou seja, multi-inter-transdisciplinar² (GARRAFA, 2005).

Outrossim, há que se diferenciar a conceituação de ética e moral para que se parta ao que se intenta demonstrar: uma ética norteadora das evoluções sociais e das relações interpessoais, cujo ponto de partida tomado pela revolução científica (manifestação moral), enseja a tutela jurídica de seus avanços e desdobramentos e define, neste trabalho, o afeto como estrutura principal das relações interpessoais e familiares, independentemente de gênero. Para tanto, a análise moral se faz imprescindível por tratar da concretude das ações e da transitoriedade comportamental.

Ética é, segundo Adolfo Sánchez Vazquez, a teoria que, intrinsecamente ligada à moral, dela se diferencia no campo da prática, das situações concretas. Ética é, portanto, a matéria que norteia o comportamento moral e os interesses sociais, colocando no lugar adequado a moral efetiva (VAZQUEZ, 2011). A moral se define, por conseguinte, como a prática das atitudes, princípios, regras e normas de comportamento (VAZQUEZ, 2011). Ela é, sobretudo, quem antecede a existência dos estudos éticos por ser sua razão de existir.

² Como proposto por Vans Ressenlear Potter, cuja preocupação pairava no caminho para onde a cultura ocidental estava levando todos os avanços materialistas próprios da ciência e da tecnologia, a bioética exige uma disciplina que guie a humanidade para um futuro seguro, apartado da falta de controle do avanço científico indiscriminado. A disciplina se pode entender como a proposta multi-inter-transdisciplinar de unir o respaldo ético às pesquisas científicas.

Há que se entender, outrossim, que “[...] o comportamento moral é próprio do homem como ser histórico, social e prático” (VÁZQUEZ, 2011, p. 28), fato que lhe permite transformar de maneira consciente o meio em que está inserido, ensejando a transitoriedade das regras inerentes à sua condição existencial, e concretizando o que se pode observar da história da humanidade: feudalismo, imperialismo, escravidão, socialismo, capitalismo.

Para além do estudo pormenorizado de todas as transformações que ocorreram na história da humanidade, a necessidade de mudança do homem enquanto ser social dita a moral, os valores e comportamentos que se adquirem em determinada sociedade e época, não sendo necessariamente marcadores de critérios evolutivos: ao mesmo tempo que o homem desenvolvia técnicas avançadas tangentes à navegação, se usava dos povos escravizados para obter mão de obra.

É neste ponto que mais claramente se necessita da complementariedade que a ética, enquanto ciência da moral, poderá estabelecer em relação ao seu objeto de estudo.

O marco da convergência epistemológica se dá no momento que a moral, em meio à sua necessária transitoriedade, perpassa limites outrora ditos como inalcançáveis. Mesmo sendo fruto da prática, caberá ao homem a avaliação do que fora produtivo em suas mudanças e do que lhe proporcionara irreversíveis danos. Ocorre, outrossim, que é necessária a experiência, a evolução e quebra de barreiras que outrora lhe pareceriam intransponíveis, para que o juízo de valor seja feito, e, neste ensejo, a ética se propõe como mentora.

A liberdade evolutivo-experimental, herança da moral, a permite adentrar às mais variadas searas do comportamento humano e seus desdobramentos que, desde que atingira a modernidade, graças à racionalidade e instrumentalidade, vai além das relações corporativistas e faz com que o homem se veja dono dos seus meios de evolução, quais sejam a intelectualidade traduzida pela ciência, e a quebra de paradigmas religiosos que o impediam de ir além de sua mera força de trabalho.

Neste contexto, nas relações interpessoais e familiares se denota significativa mudança. A maneira de se relacionar passou por evoluções no que tange à transitoriedade de valores e libertação das amarras e parâmetros clericais e sólidos ainda existentes na sociedade pré e pós-moderna. O casamento passou de eterno à mortal com o advento do divórcio, e as famílias passaram de tradicionais paternalistas, a plurais. Neste sentido, Maria Berenice Dias leciona:

A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho,

de amor. A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa. (DIAS, 2015, p. 30).

Ocorre que, todavia, o instituto do divórcio, por exemplo, não fora muito facilmente adotado pela legislação brasileira. Após décadas de expressa indissolubilidade matrimonial, no ano de 1977 se pode, muito discretamente, legislar acerca do desfazimento conjugal, permitindo aos “desquitados” uma única oportunidade matrimonial além da que restara infrutífera (IBDFAM, 2007).

Não obstante a situação vexatória a que era exposta a mulher “desquitada”, somente após reformulação proposta pela Emenda Constitucional n. 66/10, em 13 de julho de 2010, foi estendida ao texto constitucional visão moderna e coerente com a necessidade social de instituir dissolução do casamento civil pelo intermédio do divórcio. A saber:

Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (BRASIL, 1988).

Diante do que fora exposto, há que se depreender o avanço moral em contraposição ao ético, que tardou a produzir efeitos na seara jurídica e ainda não abrange como um todo a opinião da sociedade.

Os paradigmas pela sociedade criados e por ela mesma quebrados passam, a exemplo do divórcio e da ascensão de novas formas de famílias interligadas através do afeto, pela formulação de ideias engessadas a respeito do tema que acabara de se modificar. Compartilhando da mesma linha de raciocínio acima adotada, o homem não passara de um animal que em constante evolução, deixara a esfera da convivência primitiva para se agrupar em pequenas aldeias, descobrira a força de trabalho no campo, o comércio, a necessidade de aumentar a família para obter mãos de obra, o êxodo rural, os ônus de se criar muitos filhos, a consternação familiar, a possibilidade de se ver feliz sem filhos e sem o matrimônio (ou dele podendo sair por diversos motivos), a escolha do próprio destino, a qualidade de vida e o afeto indissociável da sua razão de existir enquanto ser social.

O progresso moral se determina pela evolução do caráter emancipador de esclarecimento e conscientização que faz o homem responsável por seu próprio ajustamento em grupos e na sociedade como um todo.

Uma sociedade é tanto mais rica moralmente quanto mais possibilidades oferece aos seus membros de assumirem a responsabilidade pessoal ou coletiva de seus atos; isto é, quanto mais ampla for a margem proporcionada para aceitar livre e conscientemente as normas que regulam suas relações com os demais. (VAZQUEZ, 2011, p. 58).

Pode-se concluir, portanto, que o progresso moral está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento da livre personalidade.

Todavia, o passo para a auto aceitação enquanto ser regido pela moral e dotado de transitoriedade evolutiva é muito alto, principalmente no que tange à falácia da libertação, cujo desfecho poderá abrir uma caixa de pandora no que tange à liberdade objetiva e subjetiva (BAUMAN, 2001). Questões tais quais a falsa sensação de liberdade, bem como opostamente, a clausura ao novo padrão libertário alcançado, julgando-o ser intransponível, são frutos da ascensão racional moderna.

1.2 Modernidade líquida versus liberdade

Para o renomado sociólogo Zygmunt Bauman, “[...] a sociedade contemporânea, (que aparece sob o nome de última sociedade moderna ou pós moderna, a sociedade da segunda modernidade de Ulrich Beck [...])” (BAUMAN, 2001, p. 34), é denominada sociedade da modernidade fluida.

A partir da característica fluídica que têm os líquidos e gases, Bauman traça o perfil da sociedade contemporânea partindo da metáfora aplicada à volatilidade química para justificar as constantes mudanças morais pela qual passa o ser social.

O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a muda-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas ‘por um momento’. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas que precisam ser datadas. (BAUMAN, 2011, p.8).

Ocorre que, para o autor, a modernidade líquida sucumbiu à acriticidade do ser humano pensante e o conduziu a desfechos evolutivos incapazes de serem criticados, somente aceitos, bem como à inconsciente submissão à sociedade como condição para sua libertação.

A problemática tangente à moral trazida no presente trabalho como tradução da liberdade consciente do homem é posta em xeque pela teoria da liquidez.

Todavia, há que se pensar na fugaz e necessária quebra de paradigmas e estamentos engessados numa sociedade medieval e arcaica, que não trouxera às trevas intelectuais de seu

tempo a libertação e a racionalidade ao ser humano enquanto pensante. Há que se criticar, todavia, a quebra e reconstrução de novos sólidos impostos pela própria natureza humana: o divórcio legalizado em 1977 e a tardia incorporação ao texto constitucional à desestigmatização da mulher “desquitada”; a possibilidade de formação de famílias plurais onde se tem “os meus, os seus, os nossos filhos” numa abertura à aceitação e equalização da maneira com que os filhos de pais separados são tratados nas escolas, são alguns exemplos.

Para além do considerável grande lapso temporal que foi necessário para que a sociedade desconstruísse seus parâmetros de aceitação quanto à quebra do paradigma indissolúvel do casamento e seus desdobramentos familiares, como num ciclo evolutivo, outros sólidos pensados intransponíveis ou até mesmo impensados veem à baila das meditações individuais: a adoção de crianças pertencentes à etnia diversa da dos pais adotivos; adoção monoparental; adoção *post-mortem*; união estável; união estável homoafetiva; casamento homoafetivo; adoção por casais homoafetivos; *fertilização in vitro*; adoção de embriões excedentários; adoção homoafetiva de embriões excedentários.

Neste ponto, o rompimento dos sólidos medievais pode muito acrescentar à sociedade, à modernidade e ao direito.

Complementarmente, a moral e o direito regulam as relações interpessoais; advém da mesma carência social de regulamentação das suas relações visando a coesão social; e mudam historicamente o conteúdo de sua função social: como varia a moral de uma época para outra, varia também o direito (VAZQUEZ, 2011).

Ao se reproduzir o discurso predominantemente negativo no que tange à ascensão da modernidade, no que tange à perda da criticidade e no que tange à sucumbência pelo tempo e pelo espaço de valores sólidos tais quais “longe” e “perto”, “cedo” ou “tarde”, como que em atitude vil de prejulgamento, não há valorização das benesses associadas à evolução moral do homem.

Indiscutivelmente, os fatores evolutivos resultantes na influência da sublimação do tempo em relação ao espaço, pré-modernamente, eram “[...] resultados das ações humanas antes de se transformarem em condições de sua eficácia, e antes que pudessem ser utilizadas para criar diferenças ainda mais profundas e menos contestáveis do que antes.” (BAUMAN, 2001, p. 142). Há que se considerar, todavia, que o autor se refere, exemplificativamente, à maneira como os reis eram transportados à sua época: mediante as igualdades dos meios de transporte (cavalos e carroças, eles somente se locomoviam sob condições mais luxuosas que as de seus súditos e servos, porém, chegava ao mesmo tempo, não havendo exclusão no que tange ao ir e vir.

Entretanto, o aniquilamento da noção de espaço perpassa as milhas náuticas e aeronáuticas e pouso, segundo o autor, na desigualdade advinda das condições de se utilizar de meios eficazes, mas igualmente caros.

É nítida a relação econômica de superioridade de uma camada populacional frente outra menos favorecida. Este exemplo, dentre tantos outros pertinentes à problemática em questão, trouxe preocupação quanto ao egoísmo do homem detentor dos meios de produção para com seu empregado; da maneira com que casais podem despender grande quantia de dinheiro para realizar a técnica da *fertilização in vitro*. Esta é a falsa sensação de liberdade, a que deixa o homem preso às suas conquistas.

Ocorre que, para além das desigualdades inerentes à ascensão da modernidade, da sua enorme capacidade de fluidificação de valores e normas, se pode resignar muito satisfatoriamente, o pórtico para a democratização das relações interpessoais, familiares e de sentimento.

As mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziram reflexos nas relações jurídico-familiares. Ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de solidarismo, pluralismo, democracia, igualdade, liberdade, e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. (DIAS, 2015, p.130).

O efeito negativo que dentro da liquidez moderna se pode depreender, para a temática abordada, é a insurgência de novos sólidos tangentes à evolução do conceito de família e seus desdobramentos que, ciclicamente quebrados, são substituídos pelas suas consequências. Neste sentido, Zygmunt Bauman leciona que um dos motivos por trás da urgência em derreter os sólidos pré-modernos, era a necessidade de se descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, consequentemente, administrável (BAUMAN, 2001).

Auferidos os revezes que traduzem os embaraços inerentes à modernidade líquida, para além de esgotar a riquíssima temática e pautar discussões mais profundas acerca de suas consequências sociais, através de um olhar positivo e libertador, há que se atentar às benesses que a facilidade de transposição de sólidos traz às relações familiares a fim de que seus membros, ou os desejosos de estabelecer relação familiar com quem quer que seja independentemente de sexo, etnia e classe social, se sintam como seres portadores de direito e livres para fazer a escolha que quiserem.

O passo para a racionalidade técnica e para a libertação do ser humano das amarras clericais, sociais e políticas que o agrilhoavam na Idade das trevas surte, ainda na pós-

modernidade, incomensuráveis efeitos no que tange à Constituição 1988, e à democratização dos sentimentos.

1.3 Famílias e seus desdobramentos modernos

Durante séculos ninguém titubeava em responder: família, só tem uma – a constituída pelos sagrados laços do matrimônio. Aos noivos era imposta a obrigação de se multiplicarem até a morte, mesmo na tristeza, na pobreza e na doença. Tanto que se falava em débito conjugal. (DIAS, 2015a, p. 1).

A estrutura social através da qual o homem traduz suas mudanças de comportamento refletem a sua evolução enquanto ser pertencente a uma tribo, família, cidade, país, religião.

O casamento dentro dos moldes pré-modernos é um desdobramento das relações interpessoais do homem enquanto ser social, ou seja, enquanto membro da sociedade. Estes moldes se traduzem pelo estabelecimento de padrões e normas de conduta pautados na necessidade de o casamento ser celebrado entre pessoas de sexos opostos (homem e mulher), posto que o maior intuito da Igreja em consonância com o Estado, era o da procriação para transmissão dos bens e do nome de família.

Para Sílvia de Salvo Venosa, “[...] sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole.” (VENOSA, 2013, p. 27).

O homem enquanto *homo sapiens*, traz em sua origem animal a necessidade de procriação para perpetuação de sua espécie. A racionalidade lhe confere empoderamento no que concerne à sua liberdade de escolha de parceiros e quantidade de filhos podendo inclusive ser negativa. Todavia, a função da espécie humana, como de todo ser vivo do planeta Terra, é sua perpetuação.

Ainda que no campo instintivo, a atração sexual sempre esteve presente na história da humanidade, fato que nos permite viver o presente momento e sobre este tema escrever. Outrossim, para manutenção da ordem vigente, se fez necessário o agrupamento de casais cuja imprescindibilidade de estrita fidelidade conduziu-os à monogamia.

Não curiosamente, a família aparece como a primeira forma de organização social bem-sucedida, que encontrara seu pilar de sustentação na submissão aos preceitos religiosos. “O esteio da família não se fincava na afetividade, nem tão somente na geração, visto que a mulher perdia o *status familiae* com o casamento, passando a pertencer à religião e consequentemente à família de seu marido.” (MALUF, 2010, p.18).

Por conseguinte, há que se afirmar que a origem institucional familiar se depreende da imposição de autoridade marital em consonância com os preceitos religiosos, lhe dando maior legitimidade e condições de perpetuação, haja visto sua condição sacramental.

Tanto o estado como todas as religiões, credos e crenças, sempre tentaram amarrar e eternizar os vínculos afetivos, ao menos os heterossexuais. Para isso foi criado o casamento, uma instituição, um sacramento com a finalidade de obrigar o casal a se multiplicar até a morte. (DIAS, 2015, p. 84).

Entende Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga, que “[...] a família não envolve tão somente valores afetivos, carrega conjuntamente forte carga de valor moral e mesmo econômico; assim sendo, os rearranjos e a família colcha de retalhos, antes marginalizada passou a ser objeto de interesse jurídico.” (ALVARENGA; WOHNATH, 2011, p. 199).

Não obstante a necessidade de regulamentação da união entre os *homo sapiens sapiens*, a relação familiar não se dera de maneira horizontal, a começar pelo texto bíblico, do qual se depreende a superioridade masculina no que tange à feminina: “[...] e à mulher disse: multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua concepção; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará.” (GÊNESE, 13:6). Haja visto que a passagem bíblica alude à gênese da humanidade, desde o princípio das relações interpessoais, não há isonomia entre partes, perpetuada com a influência da Sagrada Família na sociedade, a qual, para longe de críticas e julgamentos quanto à sua divindade, é matrimonializada, patriarcal, assimétrica, hierarquizada, patrimonializada, indissolúvel e heterossexual (DIAS, 2015a).

O casamento enquanto instituto somente se dissociou definitivamente da Igreja Católica, no Brasil, em 1891, ano que se pode ensaiar a separação de corpos pelos únicos motivos de: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos. Era necessário, sobretudo, o mútuo consentimento dos cônjuges caso casados há mais de dois anos (IBDFAM, 2007).

Doravante a evolução nos parâmetros familiares e sua nata necessidade de mudança, há que se evidenciar a definição de família por Giselda Hironaka, para quem família é “[...] uma entidade histórica, ancestral, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história. Assim sendo, a história da família se confunde com a da própria humanidade.” (HIRONAKA, 2001, p. 16).

Apesar do notório e reconhecido progresso legislativo tangente ao divórcio, o aceite social não fora o mesmo esperado pelos legisladores e “desquitados” à época. Ainda arraigados no seio da sociedade recém republicana, os valores cristãos não permitiram prontamente a

dissolução matrimonial definitiva e a oportunidade de recomeço da vida ao lado de outra pessoa:

A Lei do Divórcio, aprovada em 1977, concedeu a possibilidade de um novo casamento, mas somente por uma vez. O ‘desquite’ passou a ser chamado de ‘separação’ e permanecia, como um estágio intermediário até a obtenção do divórcio. Foi com a Constituição de 1988 que passou a ser permitido divorciar e recasar quantas vezes fosse preciso. (IBDFAM, 2007).

Muito lentamente, diante de valores avidamente preconceituosos e julgamentos interiores desprovidos de precedente situação, como outrora discutido, a quebra dos sólidos se faz lenta diante das regras de conduta sacras e consolidadas. O divórcio, para além do julgamento social que acometeu em grande maioria (para não falar exclusivamente) as mulheres de sua época que sofriam com o estigma do desquite, revolucionaram a maneira de se entender os laços matrimoniais e relativizou o conceito solidificado de família. A modernidade foi a concretização dos ensaios pré-modernos, fato que proporcionou à ciência, explicações um tanto quanto racionais para a maneira de se relacionar:

O dr. John Marsden, especialista em comportamentos compulsivos, comenta a última descoberta da medicina: aquilo que nós, os leigos e ignorantes, chamamos de ‘apaixonar-se’ ou ‘amar’ se resume à excreção da oxitocina, substância química que ‘nos faz gostar de sexo’. ‘O cérebro’, explica, ‘possui fábricas internas de drogas. A atração física faz com que se produzam coquetéis químicos que ativam a dopamina, a qual nos faz atingir o êxtase da felicidade’ quando estamos com a pessoa amada. A questão, porém, é que essa droga é produzida por tempo limitado – como se tivesse sido projetada pela natureza ‘para manter as pessoas juntas pelo tempo necessário para fazer muito sexo, ter um bebê e conduzi-lo a níveis seguros’. Por quanto tempo, então, é fornecida? Por cerca de ‘dois anos’. (BAUMAN, 2009, p. 136).

Para longe do intuito de representar os sentimentos e as relações familiares de forma reduzida a meras manifestações químicas do corpo, as mudanças comportamentais e sociais pelas quais passam as formas de se relacionar, amparadas pela ciência, alavancaram a inércia jurídica sobre o visível apelo de mudança legislativa. Isto só ocorreu no Brasil graças às luzes da pós-modernidade e se concretizou com o texto constitucional de 1988.

Todavia, sob o intento de democratizar os sentimentos e desvencilhá-los do julgo demasiado puritano, a lei, fruto da sucessão dos fatos e intentona de seu congelamento, acaba por aplicar valores que logo tenderão ao conservadorismo e desatualização. Desta feita, a família juridicamente regulada não traduz a família naturalmente formada, que preexiste o estado e o direito (DIAS, 2015). A necessidade de regulamentação jurídica e religiosa da família lhe atribuiu valores engessados e moldes condizentes com a moral católica, fato que não exclui o instinto mais primitivo da junção de pessoas com o intuito de procriar: a afetividade. Neste sentido, leciona João Baptista Villela:

Dada a força dos fenômenos políticos a que chamei de ‘grande impacto’, sua dimensão macrocósmica e seu alto poder de impregnação, perdemos a capacidade de ler a família fora da ótica do Estado e da Religião. No entanto, a família não só precede ao Estado e à Religião, como é dotada de um dinamismo que dispensa um e outra, para se constituir e para sobreviver. (VILLELA, 1998, p. 1).

O avanço constitucional, a seu moroso ritmo, evidenciou as mudanças nos padrões de relacionamento e de família que, ainda hoje como num contínuo processo evolutivo, naturalmente precisa de constante regulamentação.

As mudanças chegaram à Constituição Federal que enlaçou no conceito de família, outorgando-lhes especial proteção, outras estruturas de convívio. Além do casamento trouxe, de forma exemplificativa, a união estável entre um homem e uma mulher e a chamada família parental: um dos pais e seus filhos. (DIAS, 2015a, p. 1).

A família, em sua acepção literal, é representada pelo “Conjunto de todos os parentes de uma pessoa, e, principalmente, dos que moram com ela”, (DICIO)³ fato que não condiciona a necessidade do vínculo consanguíneo como pré-requisito para formação do laço familiar, tampouco condiciona a necessidade de haver estrutura predefinida como união matrimonial entre pessoas de sexos diferentes e seus herdeiros. Há que se obter, deste momento em diante, a noção ampla de família, que perpassa o conceito estagnado de casamento e consanguinidade e adentra às relações afetivas.

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional - cujo núcleo é à vontade - para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. (DIAS, 2015, p. 133).

A evolução moral das relações familiares se encontra no caminho da libertação, fato que dá ensejo a novas maneiras de se relacionar e entender o direito das famílias, que não devem (ou não deveriam) se realocar como novos sólidos. É extremamente necessário que sejam líquidos produzindo relações consistentes, relações afetivas, que vão além dos papéis formais e consistam no conceito de família que antecede a normatização das relações afetivas e as transforma em obrigações impostas.

A libertação familiar converge à ascensão do elemento afeto, identificador da influência de outras áreas do conhecimento científico, como a psicanálise, cuja determinação

³ Dentro deste conceito de família se entende que estão inseridos avós, tios, tias, primos, ou seja, todos os parentes de uma pessoa, inclusive os que com ela residem.

define que “[...] a objetividade dos atos e fatos jurídicos está cercada de elementos subjetivos aos quais o direito não pode mais desconsiderar.” (PEREIRA, 2014, p. 220). A partir do presente estudo, se rompe com o sólido da concepção familiar advir de uma base natural e se aporta na evidente base cultural, que fornece suporte para a afirmação de famílias estruturadas na descentralização do pátrio poder, em que cada membro ocupa uma função/lugar sem que haja necessidade de vínculo biológico (DIAS, 2016).

1.4 Da evolução legislativa

No caminho da desconstrução do sólido paradigma de família patriarcal, matrimonializada e heterossexual, o divórcio foi uma conquista social, reflexo do caminho evolutivo inevitavelmente percorrido pela sociedade. O divórcio direto também pode ser entendido como desdobramento das garantias do direito de família e da Constituição de 1988. O lapso temporal é consideravelmente grande entre o Decreto n. 1.144, de 11.09.1861 que permitiu a união de pessoas de crenças diferentes, e a promulgação da Emenda Constitucional 66 de junho de 2010, cujo conteúdo delibera sobre a desnecessidade de separação judicial e implica no divórcio direto. A quebra de sólidos é demorada e incessante.

Significativo também foi o lapso temporal tangente à união estável tida antigamente por concubinato puro. Foram necessárias seis décadas para que a Carta Magna, em 1988, dispusesse a respeito das uniões estáveis, necessitando ainda, de duas leis da década de 90 para regulá-las e dispor sobre a sucessão (HIRONAKA, 2013). A inércia legislativa está sendo posta em xeque pelo poder judiciário que sobre estes temas (dignos de seu apreço haja vista inatividade legislativa), faz história com julgamentos aclamados pela imprensa midiática e pela própria sociedade, parte que mais necessita da contraprestação jurisdicional e do acompanhamento ético que a acomete.

As conquistas sociais desdobradas da reinvenção da estrutura familiar e de família na acepção do vocábulo, como que incentivadas pela moral e regidas pela ética, reproduzem seus efeitos: a união estável, o reconhecimento da família monoparental, a adoção e a união estável homoafetiva são, aos olhos da moral, o espancamento dos séculos de hipocrisia e preconceito que antecederam a Constituição de 1988 e o direito das famílias.

Desta maneira, a tradicional noção familiar constituída sob o enlace de um homem com uma mulher se encontra questionada frente às mudanças sociais e jurídicas, principalmente após o julgamento da ADPF 132/RJ em consonância com a ADI n. 4277. Neste sentido:

A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desemboca no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (STF, ADI 4277, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

A partir do marco inovador que se depreende desde a instituição do divórcio com suas evoluções e do presente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, casais homoafetivos que intentem oficializar sua união ganharam notório respeito e respaldo jurídico, bem como ganhou maior notoriedade a adoção homoafetiva conjunta. Se pode dizer, de acordo com Maria Berenice Dias, que houve uma “democratização dos sentimentos”.

A democratização é refletida na ética regente das decisões judiciais e na aceitação de diversas formas de família rompendo com os padrões cultural e religiosamente impostos. Há que se reconhecer a importância das famílias anaparentais, cuja gênese se dá na formação de família sem a presença dos pais; das famílias homoafetivas cuja referência materna e paterna é sucumbida pela afetividade; das famílias informais, que não são acometidas pela vontade de regulamentação de sua existência; das famílias paralelas ou simultâneas, cuja existência não exclui os filhos concebidos fora do casamento e dá a eles todos os direitos de “filhos legítimos”; das famílias poliafetivas, cuja existência prova a capacidade de amor além da monogamia; das famílias monoparentais, que se emancipam pela suficiência de um dos pais na criação; das compostas, pluriparentais ou mosaicas, cuja existência prescinde de famílias pretéritas; das famílias naturais, extensas ou ampliadas, que são as comunidades formadas pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, e que também vão além dos laços sanguíneos, se definindo pela afinidade; das famílias substitutas, nas quais há inserção de crianças e adolescentes em novo seio familiar que não o seu de origem; e das famílias eudemonistas, onde a busca pela felicidade e a representatividade do amor se traduzem pelo afeto puro como forma de emancipação de seus membros (DIAS, 2015b).

Precursoramente, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família uma vez que, para efeitos de proteção estatal, a união estável foi elevada ao patamar de entidade familiar, devendo a lei, mormente, facilitar a sua conversão em casamento (LENZA, 2013) Desta feita, é nítida a corrida jurídica e notória a sua abertura a todas as formas de amor, perpetuando o afeto como elemento principal, e desburocratizando o divórcio, o que também é uma forma de proporcionar menos conflitos e desamor entre antigos casais e seus filhos.

Assim sendo, se pode obter maior abertura no que tange à expressão do judiciário às famílias e seus desdobramentos e à união homoafetiva, da qual derivam as famílias homoafetivas e as adoções por seus membros.

Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito polimorfismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento, diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. (STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011). (STJ, 2011).

O casamento no Brasil passou, cronologicamente, do Decreto de 03.11.1827 que firmava a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, consolidando a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais (IBDFAM, 2007), ao artigo 226 da Carta Constitucional, que trata da união estável, do divórcio direto, da família monoparental, da dignidade da pessoa humana no que concerne à paternidade responsável e liberdade de planejamento familiar. Desta feita, se pode concluir que não poderá haver sobreposição de qualquer outro instituto à dignidade da pessoa humana regente das relações familiares, sejam elas quais forem. O constituinte se limitou a citar as modalidades mais incidentes de família, como a união estável entre homem e mulher, e a família monoparental. Entretanto, não há que se entender pela exaustão dos modelos de família que existem e existirão. “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição não encerram *números clausus*” (DIAS, 2015b, p. 88), o que nos permite ir além das representações constitucionais e não pensar findado o conceito familiar.

Elucidativamente, outrossim, se considera família aquela composta também por animais, obtendo a jurisprudência decisões neste sentido:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO COM DOENÇA PREEXISTENTE. ÓBITO DO FILHOTE UM MÊS APÓS SUA VENDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ. DANO MATERIAL QUE DEVE SER INDENIZADO. DANO MORAL CONFIGURADO. SITUAÇÃO QUE ULTRAPASSA OS MEROS DISSABORES INERENTES À VIDA COTIDIANA. IMPORTÂNCIA CONFERIDA AO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS, Recurso Cível Nº 71005602966, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Regis de Oliveira Montenegro Barbosa, Julgado em 24/09/2015). (JUSBRASIL, 2015).

É o teor do voto:

Independentemente de emitir juízo de valor a respeito de tal fato social, deve-se considerar que nos tempos atuais os animais domésticos e ‘de companhia’ deixaram de ser tratados como mero semovente ao qual se possa atribuir determinado valor econômico. Ao revés, verifica-se ‘fenômeno sociológico’ consistente em que cada vez mais as pessoas têm considerado e dispensado atenção e carinho especiais a seus animais, como se tratasse de pessoa humana, de um ente querido, como se membro da família fosse. É que a presença em casa de um animal de estimação passa a evocar sentimentos e a vincular afetivamente o ser humano a ele, sendo plenamente inferível que sua morte não raro acarreta angústia, dor e sofrimento psíquico. (TJ-RS - Recurso Cível: 71005602966 RS, Relator: Regis de Oliveira Montenegro Barbosa, Data de Julgamento: 24/09/2015, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/09/2015). (JUSBRASIL, 2015).

A consolidação evolutiva se mostra no julgamento concomitante da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que permitiram o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, no ano de 2011.

Tais garantias traduzem a supremacia do amor em relação ao formalismo do casamento perpetuado através das noções arcaicas e conservadoras.

Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. (DIAS, 2015a, p. 131).

A liquefação dos sólidos pertinentes às muitas formas de família, positivamente, continuará acontecendo de maneira a não estigmatizar, tampouco firmar qualquer concepção familiar engessada e definitiva. Se espera que o afeto, enquanto princípio norteador das relações interpessoais, permita a produção de líquidos consistentes a ponto de não somente quebrar com paradigmas familiares, mas, sobretudo, através do amor, construir relações humana e afetivamente concretas.

1.5 Afetividade

Já notaram os senhores o quão pouco se fala de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos. (VILLELA, 1998, p. 4).

Se entende afetividade como o fruto das relações interpessoais. É, segundo Paulo Lôbo (2015), o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações e na comunhão de vida, com primazia sobre interesses patrimoniais, hereditários e biológicos.

Nem toda maternidade ou paternidade resulta dos laços sanguíneos, e a Constituição Federal, em seu caráter mais cidadão, proporciona o respeito à dignidade da pessoa humana em sua forma mais ampla, que abrange o afeto para garantia de direitos. “O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.” (LÔBO, 2015, p. 1748). Ainda, neste sentido:

Hoje, o afeto – considerado como valor jurídico – promoveu a família de um status patriarcal para um status nuclear. Se, no anterior tempo, o afeto ‘era presumido em razão de o vínculo jurídico dar a existência de uma família’, no espaço atual ele é um dos elementos responsáveis pela visibilidade e continuidade das relações familiares. (HIRONAKA, 2013, p.202).

Se evidencia, portanto, que mesmo que não esteja expressamente escrita a palavra afeto no texto constitucional, a Constituição englobou o vocábulo no âmbito de seu alcance de proteção (DIAS, 2007) e, felizmente reflete efeitos na legislação infraconstitucional.

Como representada a afetividade à união estável, que se personifica na desnecessidade de registro civil para existir e se solidifica através do afeto entre seus membros, dela emergem novos modelos familiares, em que se denota maior igualdade entre os sexos, maior flexibilidade quanto a suas temporalidades, e menor susceptibilidade às regras, em contraposição ao desejo. (PERROT, 1993).

A socioafetividade compõe o direito das famílias através de um caráter somador, que se refere à conotação social do afeto juntamente com a necessária abrangência normativa cabível ao direito.

De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congregam o fato social (sócio) e a incidência do princípio normativo (afetividade). (LÔBO, 2015, p.1776).

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) personifica o fato jurídico inerente à socioafetividade e:

[...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. (BRASIL, 2006).

A afinidade, aqui representada, faz menção à desnecessidade de laços sanguíneos para se estabelecer vínculo familiar. Logo, se denota que basta a consideração de parentesco para que ele exista.

A afetividade, outrossim, para além da evidente abrangência jurisprudencial e infraconstitucional, se encontra implicitamente na Carta Constitucional. A saber:

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227); o amparo ao idoso é dever de todos os parentes e familiares (art. 230). (LÔBO, 2015, p. 1778-1779).

Desta feita, a partir da ascensão da afetividade como princípio presente no alcance jurisdicional, o conceito patriarcal de família cabível dentro dos moldes predefinidamente religiosos cai por terra e dá lugar a famílias alforriadas e com o intuito de felicidade e amor no seu sentido mais genuíno: livre de estereótipos preconceituosos e obrigações.

Esta libertação permitiu ao legislador olhar além das passagens bíblicas e adentrar na clandestinidade na qual viviam os casais homoafetivos. Há que se representar a união de pessoas no mesmo sexo por homoafetividade, descartando a conotação de doença que o termo homossexualismo⁴ traz, bem como a sexual.

Leciona Hélio Veiga Júnior, que o sufixo “-ismo” aplicável ao homossexualismo é passível de remissão à definição de várias patologias, razão pela qual se opta pela utilização do termo homossexualidade ou, para melhor adequá-lo à temática do presente trabalho em consonância com o advento do afeto e da própria utilização do termo por estudiosos do direito de família: homoafetividade (VEIGA JÚNIOR, 2016).

Relacionamentos afetivos geram obrigações mútuas, direitos e deveres de parte a parte (DIAS, 2015b). A máxima de Antóine de Saint-Exupéry na qual *você é responsável por tudo o que cativas*, resume o direito das famílias que, construído sob o afeto, não distingue cor, sexo ou raça, é o amor quem define. Nas palavras de Giselda Hironaka:

Se juntarmos apenas estes dois fenômenos que matizam a família constitucionalizada, na contemporaneidade, chegaremos, é provável, a uma fórmula que nos dirá que a família se idealiza e se constrói por meio de uma entidade que se alicerça na afetividade e que tem, como causa final, a busca do projeto pessoal de felicidade de cada um de seus membros. Com este espelho, o diagnóstico para a verificação se determinado relacionamento interpessoal pode ser considerado família, fica muito fácil, afinal de contas. Caso o relacionamento em questão seja relativo à conjugalidade – como é a hipótese central deste estudo – a afetividade e a busca da felicidade o moldam de modo a que se o possa considerar como verdadeira entidade familiar, conforme descrição constitucional. (HIRONAKA, 2013, p. 202).

⁴ Até o ano de 1990 o homossexualismo era considerado uma doença, tendo inclusive seu registro no CID (Classificação Internacional de Doenças).

Jurisprudencialmente, em virtude da limitação do alcance da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se entende que a prova material da paternidade biológica não é suficiente para se determinar a paternidade de fato, o que a condiciona a outros fatores qual seja, primordialmente, a socioafetividade:

A recusa ao exame de DNA não é suficiente, isoladamente, para atribuir a paternidade a alguém, devendo o juiz conjugá-la com outras provas, para firmar seu convencimento; a Súmula 301 não pode ser aplicada para desconstituir paternidade socioafetiva já constituída. A necessidade de conjugação da recusa ao exame com outros elementos de prova, o chamado contexto probatório, restou consagrada na legislação, com o advento da Lei 12.004, de 2009. (LÔBO, 2015, p. 1755).

Ainda neste sentido, concretamente:

Nessas condições, verifica-se que, durante toda sua vida, a menor estabeleceu o vínculo familiar com o casal que lhe adotou, nunca estando sob os cuidados dos recorrentes, nem sequer obtendo o mínimo contato com os avós biológicos. Dessa forma, de acordo com o entendimento desta Corte, o interesse que deve ser resguardado não é o dos avós, ora recorrentes, tampouco de qualquer outro parente, seja pertencente à família natural ou à ampliada. A proteção que o Poder Judiciário deve visar é a do melhor interesse da infante, que, no caso, não pende dúvidas ser o estabelecimento definitivo da criança com os pais agora adotivos, que criaram e cuidaram da menor desde o seu quinto dia de vida, sendo que, atualmente, a criança possui 5 (cinco) anos e meio de idade. Com efeito, a retirada da infante do seio familiar que lhe criou e educou desde o nascimento, com o qual estabeleceu um vínculo de afetividade e amor, para colocar-lhe sob a guarda dos recorrentes – que, frise-se, nem sequer chegaram a manter contato com a criança –, seria medida que acarretaria prejuízos psíquicos e emocionais à menor, o que contraria os princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente [...]. (STJ, REsp: 537162 MS 2014/0153302-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 05/05/2015). (STJ, 2015).

São decisões do Superior Tribunal de Justiça:

REsp 932692: Argumentos e fundamentos: a) prevalência dos interesses da criança ('possibilidade de uma criança ser desamparada por um ser adulto que a ela não se ligou, verdadeiramente, pelos laços afetivos'); b) preservação do estado de filiação; c) o reconhecimento espontâneo da paternidade pelo registro não pode ser considerado vício de consentimento ('o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho'); d) o pai registral, que se volta contra o registro, age com *venire contra factum proprium* ('utilização da própria torpeza para benefício próprio').

REsp 1067438: Argumentos e fundamentos: a) é incabível a ação negatória de paternidade, quando inexistente vício do consentimento no ato registral ('o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha'); b) o dever de afetividade não pode ser escusado por dúvidas sobre o vínculo e desafeição posterior ('devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado'). (STJ, REsp 932692 DF 2007/0052507-8. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento: 18/12/2008. Órgão Julgador: T3 – TERCEIRA TURMA. Publicação: DJe 12/02/2009). (STJ, 2009).

Destas decisões se depreende a não exclusividade de vínculo sanguíneo como fundamentação biológica da paternidade, se igualando este, sobremaneira, ao vínculo afetivo criado para fins de caracterização do vínculo familiar.

A partir do que fora exposto, se pode afirmar o processo de “democratização” pelo qual a família passa e que de acordo com Maria Célia Moraes:

A família democratiza nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família ‘dignificada’, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana, é, necessariamente, uma família democratizada. (MORAES, 2010, p. 19).

A família se traduz como reflexo da sociedade em que está inserida e passa por uma transição paradigmática (DIAS, 2016). Referida transição abriu fronteiras reflexivas no que tange ao rompimento dos valores arcaico-medievais, dificultando moderna definição do conceito de família, dissociando-a do conceito de casamento e fazendo a Constituição Federal conferir tutela jurídica ao afeto, que de acordo com Maria Berenice Dias é “[...] o sentimento que leva as pessoas a assumirem publicamente seus relacionamentos (sejam eles hétero ou homoafetivos), que resistam ao tempo e se mantém de forma contínua e duradoura.” (DIAS, 2016, p. 31).

Há que se evidenciar, portanto, o novo e ascendente paradigma tangente à entidade familiar: a afetividade.

1.6 Julgamento do Recurso Extraordinário 898060-SC e os reflexos da socioafetividade: multiparentalidade

O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. (Rel. Luiz Fux. RE 898060-SC).

O Supremo Tribunal Federal julgou em setembro de 2016 o Recurso Extraordinário tangente à prevalência ou equiparação da filiação socioafetiva em relação à biológica, fato que engendra elevada simpatia quanto ao reconhecimento da socioafetividade como propulsora das relações familiares resultante na desnecessidade de se optar pelo reconhecimento de uma única pessoa representante da relação filial nos documentos.

Nas palavras ditas na sustentação oral proferida por representante do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), a decisão:

[...] mantém a multiparentalidade e a manutenção dos pais afetivos e biológicos. Trata-se de uma decisão muito importante, pois firma o princípio da afetividade nas relações familiares e consolida o vínculo socioafetivo como suficiente vínculo parental e, além disso, avança no sentido de reconhecer a possibilidade jurídica de multiparentalidade. (IBDFAM, 2016c).

É possível depreender da decisão em questão o patamar isonômico atingido, não havendo sobreposição da parentalidade biológica em detrimento da afetiva, ou vice-versa; há que se ressaltar a possibilidade de existência conjunta de ambos os modos de se desenvolver a função paterna ou materna e a significativa abertura do Direito ao amor, seja ele da maneira que for.

A socioafetividade desde há muito é abordada pelo Direito e tangencia assuntos relacionados à “desbiologização da paternidade”. Já na década de 1970 fora escrito texto com o título supramencionado⁵ alçando voos sobre a necessidade de separação do dicotômico fixismo entre relação sexual – reprodução, bem como entre paternidade biológica – paternidade adotiva. Nas palavras do autor:

Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo. (VILELLA, 1979, p. 413).

Ainda sobre o pensamento do autor, a paternidade desempenhada pelos seres humanos, se analisada mais profundamente, para além de um fato da natureza, se concretiza como fato cultural. A paternidade se desenvolve espontaneamente a partir da aceitação deste status (VILELLA, 1979, p. 400), ao passo que a relação sexual enseja a transmissão dos genes e gera obrigação civil. Ao pai ou à mãe só cabe assumir a responsabilidade da criação a partir do despertar da afetividade, daí se afirmar que os pais, mesmo os biológicos, devem adotar seus filhos (DIAS, 2016).

A confirmação eudemonista das famílias coaduna com o propósito de acompanhamento social pelo qual passa o Direito. Isto se traduz na evolução tangente à união estável homoafetiva, à equiparação do regime sucessório da união estável ao casamento, bem como à equiparação dos filhos havidos fora ou dentro da relação conjugal. O que une as pessoas, definitivamente, é o afeto! Afeto este que impulsiona o andamento de pesquisas desta monta, que é acompanhado pelo avanço científico nas searas de reprodução assistida e psicanálise

⁵ No ano de 1979 foi publicado pela Revista da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), artigo de autoria de João Baptista Villela e intitulado “Desbiologização da Paternidade”, cujo enfoque paira sobre a dicotômica relação existente entre paternidade biológica e paternidade afetiva, enfatizando a necessidade de avanço da seara jurídica pertinente ao tema.

(PEREIRA, 2004), que permite assimilar a transformação do referencial de paternidade afetiva em consonância com a biológica. Dita mudança paradigmática do plano afetivo deixa de presumir legitimidade filial em razão da relação matrimonial dos genitores para se presumir a paternidade através do estado de filiação, independentemente da origem ou da maneira como houve a concepção (LÔBO, 2015).

Há que se ressaltar, sobremaneira, a intervenção/evolução científica relacionada às técnicas de reprodução assistida, que contribuíram e ainda contribuem para a quebra de paradigmas ora tidos como intransponíveis e que perpassam a esterilidade e a homoafetividade, atingindo inúmeras maneiras de se alcançar a paternidade e/ou maternidade. Urge destaque o Provimento 21/2015, de 29.10.2015, da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, que regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, seja por casais heteroafetivos ou homoafetivos. A referida medida tornou admitida, expressamente, a multiparentalidade e dispensou autorização prévia judicial à abertura do assento de nascimento (ALVES, 2016). Em outras palavras: filhos havidos por meio de Técnicas de Reprodução Assistida (TRA) não podiam ser diretamente registrados, havendo necessidade de inclusão da genitora (sendo mãe biológica ou não) no registro da criança gerada por substituição e manifestação do juiz competente, fatos que não mais se procedem.

Desta feita, se denota o início da significativa concretização da multiparentalidade no Direito brasileiro, alcançando julgamentos desta monta, cujo caso concreto abrange a desnecessidade de constar no registro de nascimento o nome da genitora, haja visto se tratar de gestação por substituição. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MÉTODO DE REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ASSISTIDA QUE UTILIZOU GAMETA DOADO PELA IRMÃ DE UM DOS AUTORES, QUE TAMBÉM GESTOU A CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR CONSTANDO OS NOMES DO CASAL HOMOAFETIVO COMO SEUS PAIS. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E PORQUE NÃO LHE FORA OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO DEVERIA VERSAR SOBRE ADOÇÃO, EM RAZÃO DE O GAMETA NÃO TER SIDO DOADO POR PESSOA ANÔNIMA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INSUBSISTÊNCIA. PARQUET QUE, AO PROCLAMAR A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, SE MANIFESTOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, OPONDO-SE AO PLEITO, TESE ENCAMPADA DEPOIS PELA PROCURADORIA. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE LEGAL AO ATENDIMENTO DO PEDIDO. DOADORA DO GAMETA QUE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA, RENUNCIOU AO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REALIZADO EM CONTRARRAZÕES. IMEDIATA EMISSÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA INFANTE, QUE SE ENCONTRA, ATÉ O MOMENTO, DESPROVIDA DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL

PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2014.079066-9, da Capital Relator: Des. Domingos Paludo).

Habitaram as TRA, quando do despertar da ciência reprodutiva, um limbo tanto religioso quanto ético e legal, que não mais existe graças ao mapeamento do genoma humano utilizado na prevenção de doenças genéticas, na concretização do afeto através da oportunidade da experiência reprodutiva, refletido na multiparentalidade.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O afeto se faz presente com grande força na adoção, uma vez que o estabelecimento dessa relação familiar é decorrente de uma opção, é aceitar o desafio amoroso de construir um vínculo pela escolha, para a comunhão de uma vida, de ideias e de amor. A inseminação artificial é outro exemplo da supremacia do terreno da vontade, é uma forma de fazer vir uma criança ao mundo, pelo exclusivo desejo e consciência do casal. Assim, tanto nas inseminações artificiais quanto na adoção, a autonomia da vontade reina soberana, onde o fator biológico é absolutamente dispensável, inútil. (DIAS, 2016, p. 37).

1.7 A técnica como fato propulsor da ciência: dignidade através da bioética

Nenhum fato social, humano, espiritual, tem, no mundo moderno, tanta importância quanto o fato técnico. Nenhum domínio, no entanto, é mais mal conhecido. Tentemos estabelecer alguns pontos de referência para saber onde se situa o fenômeno técnico. (ELLUL, 1968, p. 1).

Os avanços científicos trazem consigo a inseparável ligação com a técnica. É dito inseparável ligação, graças ao advento da ciência experimental do século XVIII que culminou na corrida científica responsável pelo que se pode obter, nos séculos XX e XXI, por progressos referentes, principalmente, ao mapeamento do genoma humano e seus múltiplos desdobramentos, tal qual a impulsão das técnicas de *fertilização in vitro*.

Este avanço só foi possível graças à precedência da técnica que se faz notar desde a primitividade na descoberta do fogo, desembocando na civilização helênica, que sofreu primeiramente influência das técnicas orientais e não derivadas da ciência grega (ELLUL, 1968).

Todavia, é evidente que a técnica recebe seu impulsionamento histórico após a intervenção da ciência. Desta forma, “A técnica, por suas repetidas experiências, propôs os problemas, revelou as noções e os primeiros elementos cifrados, mas precisa esperar as soluções, que vem da ciência.” (ELLUL, 1968, p. 6).

A invenção e implementação da máquina a vapor traduzida na Revolução Industrial, para além de refletir a precedência da técnica, mostra que a fronteira existente entre os trabalhos técnicos e científicos não é clara, gerando, inclusive, relação de dependência entre ambos,

traduzida na análise técnica de diagnósticos, de procedibilidades e de risco de doenças em estágio pré-embrionário, no exame de investigação de paternidade, nas TRA.

Buscando abordar a relação existente entre técnica, fenômeno técnico e ciência como meio introdutório para esta fase da pesquisa que se refere à insurgência da racionalidade em detrimento do pensamento estático-medieval refletido na ascensão da técnica/ciência, se mostra prudente observar brevemente a desconstrução do ideal paradigmático da sujeição da concepção de técnica à máquina.

A atividade técnica é a primeira atividade do homem (ELLUL, 1968). Se toma por exemplo, de acordo com o autor supracitado, a técnica da pesca, da caça, da colheita, das armas, do vestuário, da construção: é todo o trabalho feito com certo método para se alcançar um resultado (ELLUL, 1968). Todavia, a técnica se tornou autônoma com a evolução do corpo social, não mais repousando nas tradições costumeiras passadas de geração a geração, e adentrando à seara das diversas gamas do conhecimento científico, tal qual a psicologia e a sociologia, não estando somente limitada ao aspecto econômico, que quase instintivamente direciona sua associação à máquina. Nas palavras de Jacques Ellul, a técnica se tornou intelectual. (ELLUL, 1968). Para além da singela autonomia econômica, a técnica absoluta se aparta da moral (ELLUL, 1968), se autorreproduzindo de maneira aleatória ao homem, deixando que seu fim se dê de maneira causal, “[...] constituindo uma ordem de fenômenos cega em relação ao futuro.” (LEITE, MARCHETTO, 2012, p. 258).

Isto posto, urge abordar a técnica como fruto da razão moderna, fato que abre possibilidade de distanciamento da ética, culminando nos dilemas éticos enfrentados pela ciência, neste caso particular de estudo, a genética. A técnica absoluta pode tender ao encarceramento (LEITE, MARCHETTO, 2012), restritivo de direitos, mas pode também, uma vez que a civilização se construiu através do fenômeno técnico, e por ser através dele que se comunica, alçar, por intermédio da bioética, novas maneiras de se dialogar com a insurgência dos impasses ético-morais. O autor já vislumbrara que o caminhar da técnica gera impasses que somente por ela poderão ser solucionados, daí se atentar ao surgimento da bioética: fruto da técnica que intenta dirimir impasses éticos tangentes ao avanço da biotecnologia (LEITE, 2012), uma vez que, segundo Jacques Ellul, é impossível se desvencilhar da racionalidade moderna de modo a acabar definitivamente com a técnica.

Cabe, outrossim, para além do intuito de findar os estudos e reflexões do autor, em estudo a respeito da interferência técnica e seu apartamento do fenômeno técnico, identificar o quase imperceptível fator responsável por tal feito: o elemento caracterizador da técnica, como mencionado, é o método, seja ele mais ou menos complexo. Desta forma:

Todo trabalho comporta, evidentemente, certa técnica, mesmo que a colheita dos frutos entre os não-civilizados: técnica para subir na árvore, para colher o mais depressa possível e com menor cansaço, para reconhecer os frutos maduros, etc. Todavia, o que caracteriza a ação técnica no trabalho é a procura da maior eficácia: substitui-se o esforço inteiramente natural e espontâneo por uma combinação de atos destinados a melhorar o rendimento, por exemplo. É o que provoca a criação de formas técnicas a partir de formas simples de atividade; as formas técnicas, aliás, não são forçosamente mais complicadas do que as outras, são, no entanto, mais eficazes, mais adaptadas. (ELLUL, 1968, p. 19).

Ocorre que se depreende a partir da operação técnica dois pontos em evidência: a consciência e a razão, culminando no que se denomina fenômeno técnico. Este, assumindo característica prática, traz para o domínio das ideias claras e racionalizadas o que habitava o mundo experimental, inconsciente, espontâneo (ELLUL, 1968, p. 20). Enquanto a operação técnica “[...] engloba todo trabalho feito com certo método tendo em vista atingir um resultado” (LEITE, MARCHETTO, 2012, p. 253), o fenômeno técnico se traduz pela procura do “meio” mais favorável em todos os domínios, sendo, portanto, o propulsor da abrangência da técnica, dando ensejo à sua universalização, originando toda uma civilização nela pautada (ELLUL, 1968).

Isto posto, há que se afirmar a técnica fruto do racionalismo moderno, que se aparta, em decorrência do seu automatismo, da ética, da moral e da filosofia, centralizando em si todas as relações e produções humanas, não se fazendo propulsora do bem-estar dos homens, mas transformando-os em reféns de sua racionalidade.⁶

Esta crítica leva ao conhecimento da Bioética como fator limitante para, dentro da própria técnica, dirimir impasses éticos advindos da ascensão biotecnológica (LEITE, MARCHETTO, 2012), uma vez que, de acordo com Jacques Ellul, o rompimento da racionalidade técnica com o intuito de eliminar por completo a técnica, é bastante inviável. Se propõe, outrossim, para além da impossibilidade de se obter uma bioética puramente emancipatória, haja visto o estágio de redundância técnica em que se encontra a sociedade contemporânea, propô-la de maneira a integrar, dentro dos limites técnicos, com os problemas que a própria técnica produz (LEITE, MARCHETTO, 2012, p. 258).

A bioética, portanto, seja ela principialista ou global, tem por intuito, nas palavras de Vans Rensselaer Potter, unir duas culturas aparentemente incapazes de dialogar, são elas as ciências e as humanidades. Neste sentido: afirma o autor:

⁶ A técnica, como historicamente se depreende, servira ao homem e ao seu bem-estar, auxiliando na descoberta do fogo, na estrutura social em que se encontra inserida a humanidade, na lida do campo e na própria divisão do trabalho. Ocorre que houve notória inversão na forma de se utilizar da técnica, transformando-a de meio a fim: a corrida científica e o avanço desenfreado e precipitado da nanotecnologia, por exemplo, traduzem a gana do homem, que perpassa limites inclusive ambientais para se sobressair profissionalmente.

Se existem duas culturas que parecem incapazes de dialogar – as ciências e humanidades – e se isto se mostra como uma razão pela qual o futuro se apresenta duvidoso, então, possivelmente, poderíamos construir uma ponte para o futuro, construindo a bioética como uma ponte entre as duas culturas. (POTTER, 1971, p. 6 apud PESSINI, 2013, p. 11).

Ampliando a Bioética, a aplicando em escala global, Potter propõe a reaproximação outrora perdida entre ética e técnica, trazendo a abordagem para o macro espectro. Em suas palavras:

A teoria original da bioética era a intuição da sobrevivência da espécie humana, numa forma decente e sustentável de civilização, exigindo o desenvolvimento e manutenção de um sistema de ética. Tal sistema (a implementação da bioética ponte) é a bioética global, fundamentada em intuições e reflexões alicerçadas no conhecimento empírico proveniente de todas as ciências, porém, em especial, do conhecimento biológico. Na atualidade, este sistema ético proposto segue sendo o núcleo da bioética ponte com sua extensão para a bioética global, o que exigiu o encontro da ética médica com a ética do meio ambiente numa escala mundial para preservar a sobrevivência humana. (POTTER, 1988 apud PESSINI, 2013, p.11).

Na recontextualização da técnica como reação à desumanização do homem e como reação à desenfreada e inevitável evolução tecnológico-científica traduzida no surgimento da bioética, há que se destacar, para além da crise que acomete a ética de maneira geral, a necessidade de respostas que urgem das demandas bioéticas. São respostas na seara médica, que acometem a relação médico-paciente e tangem o prolongamento da vida seja artificialmente, seja dando continuidade a tratamentos quimioterápicos em pacientes sob cuidados paliativos, no destino que terão os embriões criopreservados, das pesquisas com células-tronco, no aborto, na eutanásia, no transexualíssimo, seja em macro escala, tratando se assuntos relacionados ao meio ambiente estendido à fauna e à flora com intuito de preservação da espécie humana (dela mesma), atingindo o princípio da dignidade da pessoa humana. “Ela [bioética] apresenta-se como um sintoma da sociedade técnica e como um desafio a ser superado.” (LEITE, MARCHETTO, 2012, p. 256).

O desafio a ser superado abrange o poder limitador do Estado, e o moroso/burocratizado do Direito, que sob uma perspectiva um tanto quanto fechada, não acompanha o desenrolar das pesquisas de cunho científico-tecnológico, principalmente às tangentes à evolução dos estudos genéticos e das TRA. As descobertas que demandam intervenção ética no campo biotecnológico não são acompanhadas pela evolução normativa, ou, como já restara demonstrado, nem mesmo as modificações de ordem comportamental das relações sociais são acompanhadas pela tutela jurídica minimamente necessária à garantia de dignidade.

Exposto o dilema bioético no que se refere ao impasse ético das evoluções biotecnológicas, se adentra à problemática por este trabalho trazida: a possibilidade de adoção de embriões excedentários por casais homoafetivos.

Para que este estudo seja realizado, urge adentrar à esfera da evolução técnica tangente às TRA, cujo fruto são os embriões excedentários, ou seja, embriões que não foram implementados no útero materno ou outro meio favorável ao seu desenvolvimento e correm grande risco de não o serem, restando fadados à decisão soberana quanto ao seu destino.

CAPÍTULO 2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, FILIAÇÃO, HOMOAFETIVIDADE E ADOÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

No ano de 1978 nasceu na Inglaterra Louise Brown, a primeira criança fruto do procedimento de *fertilização in vitro* (FIV), desmistificando a singular e absoluta possibilidade de concepção passível de aceitação à época. A geração de uma nova vida advinda da relação sexual entre pessoas de sexos opostos fora desconstruída, chegando aos procedimentos mais atuais, através dos quais se obtém inseminação artificial intrauterina (IIU); fecundação *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE); transferência intratubária de gametas (GIFT); gestação por substituição (barriga de aluguel); e injeção intracitoplasmática do espermatozoide (ICSI) (SCALQUETTE, 2010). Em outras palavras, a reprodução humana assistida:

[...] implica em um conjunto de técnicas, a saber: relação programada, inseminação artificial intra-uterina e fertilização extra-corpórea que abrange a fertilização in-vitro clássica e a fertilização in-vitro por meio de injeção intra-citoplasmática de espermatozoide. (FREITAS, SIQUEIRA, SEGRE, 2008, p. 93).

As TRA auxiliam, para além da infertilidade e da generalização do instinto materno/paterno frente o princípio da autonomia, na concretização do sonho reprodutor, finalidade biológica da existência na Terra: todo ser vivo nasce, cresce, se reproduz e morre!

Outrossim, no que tange à matéria de filiação, as TRA geraram, nas palavras de Eleonora Lamm, uma “revolução reprodutiva”, uma vez que separam, radicalmente, a reprodução humana da necessidade de relação sexual (LAMM, 2012). Mais especificamente, a evolução técnico-científica incide diretamente no Direito de Família, proporcionando reflexões acerca de temas que transbordam a estrutura jurídica vigente. Ainda nas palavras da autora espanhola, a revolução se encontra presente no fato de homens e mulheres estéreis poderem dar à luz; à maternidade sem paternidade e à paternidade sem maternidade em casos de homoafetividade ou monoparentalidade; maternidade de mulheres com idade avançada (LAMM, 2012). Ademais, o avanço das TRA proporcionou, na era da medicina molecular, a implantação da técnica consagrada como aconselhamento genético. Nas palavras de Mayana Zatz:

[...] trata-se de uma expressão que abrange um leque amplo de procedimentos, começando pelo diagnóstico (que se inicia com um exame clínico e diferentes exames moleculares). Uma vez confirmado o diagnóstico, é possível saber se há ou não chance de repetição daquela doença e se existem outros familiares em risco. (ZATZ, 2011, p. 24).

Se trata, portanto, da técnica de diagnóstico pré-implantacional (TGP), que permite aos pais terem acesso ao genoma do embrião, podendo prevenir nova incidência de doença genética, fato que garante na maioria dos casos, tranquilidade para quem vive sob a ameaça de doenças desconhecidas e enfrenta problemas relacionados à reprodução, juntamente com tratamentos pouco conhecidos e que frequentemente visam somente ao lucro.

A título introdutório, urge especificar o conceito de embrião, de nascituro, bem como de criopreservação. Ainda não fora descoberto o conceito definitivo de embrião, fato pelo qual, lamentam tanto grupo de cientistas liderado pela especialista em anatomia Bernadette de Bakker, da Universidade de Amsterdam, quanto expõe a biomédica Lygia da Veiga, geneticista-chefe do Laboratório Nacional de Células-Tronco Embrionárias da Universidade de São Paulo (USP). (LOIOLA, 2016). Ao que se tem certificado, embrião é o fruto da ligação entre óvulo e espermatozoide, que pode, fora do útero materno, ter seu desenvolvimento levado até o 14º dia. Se entende, portanto, que embrião é o ser concebido e vivo, ao contrário do nascituro, que, além de ser concebido e vivo, já passara pelo processo de nidação, ou seja, se encontra em útero materno (MIRANDA, 2016). Nas palavras de Silmara Juny de Abreu Chinellato:

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação ‘in vitro’, que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do embrião ‘*in anima nobile*’, para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida. A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação. (ALMEIDA, 2003/2004, p. 90).

Criopreservação é o conjunto de técnicas utilizadas para conservação do embrião sem que haja necessidade de implementação no útero materno. Em outras palavras, é:

[...] um conjunto de técnicas que permite conservar células a temperaturas muito baixas (196º C negativos) com o uso de nitrogênio líquido. Quando se trata de reprodução humana, essas técnicas são utilizadas para preservar gametas femininos, masculinos e embriões para uso posterior. (PRÓ-CRIAR, 2017).

Se observa que a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, permite criopreservar óvulos, espermatozoides e embriões. Neste sentido:

[...] V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos.
2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.
3. No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.
4. Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança. (CFM, 2015).

Estima-se que, no Brasil, mais de 278 mil casais em idade fértil tenham dificuldade para conceber um filho. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) e sociedades científicas, entre 8% e 15% dos casais apresenta algum problema de infertilidade. Tendo em vista que este dado exclui casais homoafetivos, se pode concluir que a porcentagem de casais que possuem problemas de infertilidade/esterilidade/impossibilidade de gestar uma criança é superior a 15%. (BRASIL, 2014).

Isto posto, no limiar da evolução genético-científica, fruto da ascensão técnico-racional e da quebra de paradigmas estático-medievais, ascenderam novas possibilidades de reprodução assistida, acompanhando ou dando ensejo à evolução das novas formas de famílias e à maneira de se relacionar. As TRA mudaram o conceito de família e continuarão a fazê-lo de maneira que não se pode imaginar (LAMM, 2012), a começar pela fecundação extra corpórea, fato que dispensa a necessidade de relação sexual, aceita doações de gametas e, mais recentemente, o nascimento de um bebê que possui material genético de 3 pessoas, ou seja, tem três pais.⁷ Ainda de acordo com Eleonora Lamm:

Los rápidos y permanentes cambios científicos y tecnológicos en el ámbito de la reproducción asistida requieren de la ley para desarrollar soluciones justas y lógicas a los problemas que surgen cuando los derechos de las personas entran en conflicto con las nociones tradicionales de familia. De hecho, y como consecuencia de estos cambios, los juristas se han visto obligados a repensar el concepto de familia, así como también se han visto obligados a revisar el concepto de filiación. Revisión que si bien se traduce en términos jurídicos, corresponde efectuar también desde una perspectiva bioética. La complejidad de la nueva situación hace que el derecho por sí sólo no logre abarcar y comprender estos cambios, y es allí donde la bioética colabora con éste cumpliendo un rol fundamental. (LAMM, 2012, p. 79)⁸

Toda a mudança compreendida pelo Direito de Família não tem razão de se concretizar se não houver interação das diferentes matérias que disciplinam as maneiras de concepção e filiação atualmente disponíveis. O advento das TRA se defronta com uma problemática axiológico-jurídica no que tange uma resposta social unívoca traduzida na necessária

⁷ No mês de setembro de 2016, a revista *New Science* publicou um artigo no qual noticia o nascimento da primeira criança fruto da técnica de reprodução assistida que envolve o material genético de três pessoas, portanto, partícipes do procedimento, o pai, a mãe e uma doadora. A mãe da criança possui uma síndrome rara, chamada Síndrome de Leigh, que é passada para o embrião e atua no sistema nervoso em desenvolvimento, fato que culminou na perda de seus dois primeiros filhos. A *técnica dos três pais*, desenvolvida em Newcastle (Reino Unido), combina o DNA dos dois progenitores com a mitocôndria saudável de uma doadora mulher, impedindo que a síndrome se propague para futuras gerações. (HAMZELOU, 2016).

⁸ Tradução livre: As rápidas e permanentes mudanças científicas e tecnológicas no âmbito da reprodução assistida requerem da lei soluções justas e lógicas aos problemas que surgem quando os direitos das pessoas entram em conflito com as tradicionais noções de família. Como consequência destas mudanças, os juristas se veem obrigados a repensar o conceito de família, assim como também se veem obrigados a rever o conceito de filiação. Revisão que se bem traduz em termos jurídicos, corresponde a efetuar, também, desde uma perspectiva bioética. A complexidade da nova situação faz com que o direito por si só não logre alcançar e compreender estas mudanças, e é onde a bioética colabora, compelindo um rol fundamental.

intervenção legislativa: quais valores devem ser protegidos, quais direitos tutelados e de que forma?

Não obstante a ideia prefixada do modelo tradicional de família, contemporaneamente, se denota a pessoa inserida no contexto constitucional não somente assistida na garantia à justiça, à liberdade e à segurança, mas também assistida nas garantias do direito da dignidade da pessoa (MIRANDA, 2016). Tendo em vista que, de acordo com o autor português Paulo Otero, é o homem quem detêm os direitos constitucionalmente tutelados, devendo estes estarem sempre a seu dispor (OTERO, 2009 apud MIRANDA, 2016), se entende, ainda sob sua visão, que o Direito Constitucional existe em função da pessoa humana.

Sobre a dimensão jurídica da pessoa humana, entende Adriana Telles de Miranda, em consonância com o autor Paulo Otero, que a dignidade é intrínseca a todo ser humano, em quaisquer circunstâncias ou fase de sua existência, independentemente de ser titular de direitos e de contrair obrigações. Esta conclusão permite entender a autonomia perante o modo de escolha gestacional, perante a legitimidade da vontade de se ter um filho diante dos muitos obstáculos que abrangem a infertilidade, a idade, a homoafetividade e o histórico de doenças genéticas na família.

Ainda neste sentido, assevera a autora que o principal objetivo do Direito Civil perante a Constituição de 1988 é dar primazia à pessoa humana. Assim sendo, “[...] apesar da necessidade do coletivo, as pessoas preservam suas individualidades, suas singularidades e suas particularidades.” (MIRANDA, 2016, p. 74). Complementarmente, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que “[...] não é possível conceber, ou reconhecer, ou considerar a pessoa sem concebê-la, ou reconhecê-la, ou considerá-la como dotada de dignidade” (HIRONAKA apud MIRANDA, 2016, p. 151), fato que propulsiona a autonomia para se decidir sobre filiação, uma vez que o direito à reprodução se encontra no rol de direitos humanos.

Se entende, portanto, no que tange às pessoas naturais, que a dignidade da pessoa humana em consonância com o direito reprodutivo elevado ao patamar de direito humano, legitima a concretização da vontade maternal/paternal para que, dentro dos limites éticos, sejam adotadas as TRA existentes e se discuta acerca da adoção de embriões excedentários por casais homoafetivos.

Para viabilidade de concretização do estudo em questão, há que se esclarecer o entendimento de que ambos, nascituro e embrião, independentemente do estágio em que se encontram (se nidados ou não), possuem carga genética própria, e que, portanto, são dignos da tutela advinda dos direitos de personalidade. Haja visto que o trabalho não tem intenção de

esgotar a temática que aborda a diferenciação do estágio evolutivo do embrião e do nascituro, bem como adentrar na discussão que perpassa as consequências da teoria concepcionista, se conclui (como será detalhado mais adiante), que o nascituro, nas palavras de Adriana Telles de Miranda: “[...] tem vida, por ser pessoa, bastando para a sua completa formação possuir meios para seu desenvolvimento.” (MIRANDA, 2016, p. 115).

2.1 Técnicas de reprodução assistida (TRA)

Os tratamentos para infertilidade, como já mencionados neste trabalho, são muitos, havendo possibilidade de escolha por parte do casal, bem como a indicação do melhor método para o tipo de problema que se tem. Apesar do grande número de projetos em tramitação no Congresso Nacional que versam sobre a regulamentação das TRA, a lei não regulamenta sua utilização, havendo os juristas que se valerem da Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM) e se verem forçados a adentrar na questão tangente à deontologia médica, que recorda, nas palavras de Marianna Chaves, “[...] a necessidade de edição de uma legislação específica e a letargia do Legislativo no cumprimento dessa obrigação”. (CHAVES, 2015, p. 311).

Ainda nas palavras da autora, está regulamentação deveria se dar

[...] levando em consideração – ou fazendo uma remissão a – todas as normas presentes e amplamente aceitas na Resolução do CFM e tutelando questões que não foram previstas, reguladas de forma inconsistente ou incompleta na Resolução ou na legislação vigente. (CHAVES, 2015, p. 311).

Por razões limitantes à temática deste trabalho⁹, a técnica a ser abordada será a da *fertilização in vitro* (FIV), que permite a fecundação do óvulo pelo espermatozoide fora do corpo da mulher, podendo se dar de maneira homóloga ou heteróloga.

A FIV homóloga ocorre quando tanto o óvulo quanto o espermatozoide que gerarão o embrião, advém do casal que procura a técnica. Assim explana Maria Berenice Dias: “Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo.” (DIAS, 2015a, p. 400). A FIV heteróloga é aquela que se dá com a doação de gametas por terceiros, seja oócito ou espermatozoide.

⁹ A temática escolhida, a adoção homoafetiva de embriões excedentários, somente se viabiliza se utilizada a FIV, seja ela homóloga ou heteróloga, uma vez que se trata de embrião já fecundado, necessitando somente da implementação no útero.

Imprescindível se faz a abordagem da diferenciação entre a técnica da inseminação e da fertilização, que nas palavras de Washington Monteiro de Barros, são:

A palavra *fecundação* vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa ‘fertilizar’, sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo esperma. A palavra *inseminação* tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in-dentro-* e *semem-* semente, significando a colocação do sêmen na mulher. (MONTEIRO, 2009, p. 360-361).

Isto posto, há que se esclarecer que a técnica de inseminação artificial ocorre quando o sêmen é depositado diretamente na cavidade uterina da mulher que tenha ovulado, a fim de que seja fecundado na tuba uterina. Em outras palavras, a fecundação na inseminação artificial ocorre intracorporeamente, enquanto a FIV acontece quando o óvulo retirado da mulher é fecundado pelo espermatozoide em laboratório e se dá a transferência para o útero após alguns dias de desenvolvimento celular. A fecundação neste caso é extracorpórea. Se utilizará, no presente trabalho, dos embriões advindos da FIV, seja ela homóloga ou heteróloga, embora haja grandiosa dificuldade de proposição da FIV heteróloga, uma vez que o Código Civil (CC), em seu artigo 1.597 presume a paternidade dos filhos (CC 1.597): III- havidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido; IV- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Não previu o legislador a respeito da presunção de paternidade advinda da FIV heteróloga e a este respeito, entende Maria Berenice Dias:

Tímida foi a incursão pelo legislador, estabelecendo presunções de filiação somente nas hipóteses de inseminação artificial. Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial. (DIAS, 2015a, p. 400).

Regulamenta o Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução n. 2.121/2015, a permissão da doação de gametas masculinos e da doação compartilhada de oócitos, em que doadora e receptora devem partilhar de problemas de reprodução e compartilhar tanto do material biológico, quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de reprodução assistida. Somente desta forma se dá a doação de célula germinativa feminina. Entende Eudes Quintino de Oliveira Júnior, que a autorização da doação compartilhada de oócitos tem como pano de fundo o princípio da solidariedade humana, haja visto que:

[...] era comum uma mulher, sem dificuldade para engravidar, após se submeter a uma série de exames, doar parte de seus óvulos a outra para utilizar no procedimento, em troca de tratamento, *check-ups* ginecológicos e até mesmo remuneração em dinheiro. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015).

Adotado o presente procedimento, se obtém a garantia de que um filho não será objeto de negociação.

Ademais, a resolução, ao regulamentar o uso das TRA, permite que sejam utilizadas por casais homoafetivos ou pessoas solteiras, desde que capazes, esclarecidas e de acordo com a legislação vigente. Neste sentido, se deflagra verdadeira “democratização” na utilização das TRA, havendo sido contemplado, através do Enunciado 40 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a admissibilidade, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas de mesmo sexo como pais.

Urge ressaltar que, uma vez feita a opção pela FIV, podem ser fecundados mais embriões do que se implantará no útero materno, e, de acordo com a resolução n. 2.121/2015, do CFM, existem destinos a serem dados aos embriões ditos excedentários. De imediato, é adotada a criopreservação, devendo os pacientes (pai e mãe) expressar sua vontade quanto à doação, destino em caso de divórcio, morte ou doença grave. Decorridos cinco anos da criopreservação, poderão os embriões, através da vontade dos pacientes, ser descartados ou utilizados para pesquisas com células-tronco. Nas palavras de Adriana Augusta Telles de Miranda:

Os embriões não implantados são os excedentários, os quais, conforme salientado, serão congelados ou deixados para pesquisa de células-tronco, consoante autorização do casal. Estes embriões, após cinco anos congelados, podem ser descartados. (MIRANDA, 2016, p. 130).

As TRA tidas como frutos do desdobramento da evolução técnico-científica trazem consigo questões bioéticas que atingem as searas médica e jurídica, perpassando a ética, a moral e a científica, sendo todas questionadas sobre a viabilidade de se obter adoção de embriões excedentários e sua maneira de gestação por casais homoafetivos.

Este processo de adoção é, tanto ainda carente de legislação especial, quanto dependente da teoria concepcionista, não reconhecida pela legislação brasileira, uma vez que nascituro é o ser já concebido e nidado (MIRANDA, 2016). Chegam a legislação e maior parte da doutrina a abordar a temática que versa sobre os direitos do nascituro, porém pouco se esclarece a respeito dos direitos do embrião. Ao nascituro são resguardados direitos sucessórios, alimentícios e de personalidade, bem como o direito à adoção. A este respeito, entende Silmara Juny Chinellato e Almeida que “[...] o nascituro é titular de direitos de personalidade, o que decorre da qualidade de pessoa, à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.” (ALMEIDA, 2000, p. 292).

A ciência, por intermédio da Resolução n. 2.121/2015 CFM, sinaliza o início da possibilidade de concretude da adoção homoafetiva de embriões excedentários devido às gestações por substituição que tange casais homoafetivos formados por homens e à gestação compartilhada que tange casais homoafetivos formados por mulheres. No primeiro caso, aduz o CFM que a doadora temporária do útero deverá ter parentesco consanguíneo até o quarto grau com um dos parceiros, além de restar findada qualquer dúvida acerca da não existência de caráter lucrativo na doação. O segundo caso se concretiza com a implantação de um embrião gerado a partir do óvulo de uma das parceiras e a sua consequente transferência para o útero da outra (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015).

Foi sanada a questão que outrora lecionava sobre o óvulo ter que ser doado por uma mulher alheia à relação afetiva de duas mulheres, proibindo que uma das duas integrantes doasse seu próprio óvulo. A homologação legal concernente aos relacionamentos homoafetivos finalmente proporcionou oportunidade para que ocupem posição de instituição familiar! Avanço outro não poderia ser diferente, uma vez que a Constituição Federal visa a proteção à família, independentemente do seu formato, tendo todas direito à igualdade e dignidade.

Outrossim, com intuito de desburocratizar o registro de nascimento das crianças fruto das TRA, a Corregedoria Nacional de Justiça, via provimento 52, autoriza registro direto, sem a necessidade de construção processual. Este provimento se estende aos casais homoafetivos fazendo constar os nomes dos pais afetivos e desconsiderando o nome da doadora temporária de útero, bem como do doador de gameta masculino nos casos de gestação compartilhada. Assim propõe a legislação:

Art. 1º: O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro 'A', independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos de documentação exigida por este provimento. (CNJ, 2016).

A força tarefa para sanar os problemas de infertilidade com os quais se envolvem a comunidade científica, a comunidade acadêmica, a sociedade e o Estado, acomete o Direito de Família, gerando a necessidade de acompanhamento dos laços familiares que surgem frutos das TRA. Não obstante esta necessidade, há que se afirmar o êxito brasileiro no que diz respeito ao pluralismo procriativo amparado pelo princípio da autonomia, da igualdade e da justiça na reprodução (CHAVES, 2015). Ainda nas palavras da autora Marianna Chaves:

Nessa lógica, não é demais afirmar que o Brasil consagra um pluralismo procriativo, amparado na ideia de autonomia, igualdade e justiça na reprodução. Portanto, no território brasileiro terminou por se reconhecer o direito fundamental à procriação, onde se inclui o direito fundamental ao acesso aos métodos de reprodução assistida

por todas as pessoas e casais, sem diferenciações de qualquer natureza. (CHAVES, 2015, p. 314).

Neste ínterim da evolução do Direito de Família tomado pelo necessário acompanhamento dos rearranjos familiares e em consonância com o intuito inclusivo das mais diversas formas de organização familiar considerando-as legítimas no que envolve o afeto que as rege, surgem as famílias formadas por casais que se valem das TRA para reprodução. São as “famílias ectogenéticas” que abrangem tanto os processos de fertilização homóloga quanto heteróloga, podendo incluir recurso à maternidade por substituição (DIAS, 2016). Ainda no que tange à infertilidade de ambos, não atendendo a resolução do n. 2.121/2015 a esta hipótese, leciona Marianna Chaves:

Os tipos (de famílias ectogenéticas) podem variar entre processos homólogos ou heterólogos conforme o material genético seja de ambos, apenas de um ou de nenhum dos membros do casal e ainda incluir o recurso à maternidade de substituição tradicional ou gestacional. (CHAVES, 2015, p. 310).

Posto que a medicina avança em ritmo mais acelerado do que a própria legislação, a regulamentação da procriação medicamente assistida vem sendo deixada a cargo da deontologia médica, fato que enseja resposta legislativa. Aduz Marianna Chaves que, para além da discussão que paira sobre a autonomia familiar no processo de escolha das TRA deslegitimando a necessidade de cobertura estatal, os países de matriz romano-germânica ou do sistema da Civil Law trazem opinião dominante no sentido de intervenção legislativa. Ademais, esta necessidade vem pautada na insatisfação de profissionais da saúde que esperam, além de regulamentação deontológica e convicção profissional, resposta assertiva do Direito no que concerne à segurança do que é lícito e o que não é nas pesquisas e práticas que envolvem também a ética e a moral. Nas palavras da autora:

[...] impossibilitados de encontrarem sozinhos as fronteiras da sua arte em um tempo em que expande a responsabilização civil e criminal dos atos médicos, os profissionais possuem consciência de que já não é suficiente uma ‘ética corporativa para legitimar a prática científica’. (CHAVES, 2015, p. 311).

Tal problemática se estende à necessidade do acompanhamento jurídico da revolução gerada pela evolução das TRA. A começar pela relativização dos conceitos de paternidade e maternidade, família e gênero, a dignidade da pessoa humana atinge estágio de grande importância no que diz respeito à discussão pertinente à personalidade jurídica do embrião, que envolve a extensão do seu tempo de desenvolvimento fora do útero materno, por exemplo. Se este tempo for maior que 14 dias, permite o avanço para outra etapa do desenvolvimento embrionário: a individualização. O que ocorre até este limite temporal é o surgimento do

sistema neurológico, que proporciona intensa divisão celular. Passados os quatorze primeiros dias da fecundação, o embrião se encontra mais próximo do que significa um ser único, com tecidos e características próprias. (LOIOLA, 2016).

Diante da necessidade de posicionamento jurídico-legislativo quanto às questões de cunho médico-científico frente à possibilidade de adoção homoafetiva de embriões excedentários, cabe para fim de justificação do presente trabalho, abordar as teorias de aquisição da personalidade civil.

2.2 Personalidade jurídica

Pessoa, enfim, é o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade). (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 132).

A personalidade, de acordo com Adriana Telles de Miranda, é atributo inseparável do homem na ordem jurídica. (MIRANDA, 2015).

Entende Carlos Roberto Gonçalves que “[...] o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa.” (GONÇALVES, 2010, p. 94). De acordo com o autor:

[...] a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que se estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres. (GONÇALVES, 2010, p. 94).

Ainda sobre o conceito, aduz Flávio Tartuce:

Quanto à personalidade, esta pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos ou incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. (TARTUCE, 2013, p. 116).

Complementarmente, leciona Maria Helena Diniz:

Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade. (DINIZ, 2012, p. 130).

Adquirindo, pois, condição de inseparabilidade do indivíduo no ordenamento civil, a personalidade deve se iniciar em algum momento de sua formação/existência, bem como ser diferenciada do conceito de capacidade de fato e de direito. Intimamente ligadas, capacidade não encontra razão de existir sem a precedência da personalidade, porém está existe antes de

que o indivíduo adquira condições de exercer satisfatoriamente os atos da vida civil. Estas condições caracterizam a chamada capacidade de fato. Em outras palavras, no que tange à esta tipificação, a personalidade é intrínseca à simples existência, ao passo que a capacidade só pode existir quando conquistados os requisitos para figurar relação jurídica. Nas palavras de Maria Helena Diniz: “Assim, para ser ‘pessoa’ basta que o homem exista, e, para ser ‘capaz’, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.” (DINIZ, 2012, p. 131).

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 1º, “[...] toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Esta afirmação põe a salvo a capacidade de direito, sobre a qual entende Adriana Augusta Telles de Miranda: “De acordo com o texto legal, tem-se que a pessoa natural possui capacidade de direito, a qual é reconhecida a todos indistintamente. Toda pessoa humana possui essa capacidade, simplesmente por ser pessoa.” (MIRANDA, 2015, p. 77). Ainda neste sentido, entende Carlos Roberto Gonçalves:

A (capacidade) que todos têm e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. (GOLÇALVES, 2010, p. 95).

Leciona Carlos Roberto Gonçalves que “[...] o artigo 1º do Código Civil entrosou o conceito de capacidade com o de personalidade ao afirmar que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Para o autor, mencionar a capacidade de maneira ampla e irrestrita, significa garantia para titularidade de direitos (GONÇALVES, 2010, p. 95).

Para concretização do que se explana e do exposto no artigo 2º do Código Civil, a legislação admite concessão de alimentos gravídicos, a garantia de direitos sucessórios e de personalidade ao nascituro. Entende a jurisprudência quanto à capacidade de direito:

RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DPVAT - GRAVIDEZ INTERROMPIDA DEVIDO AO ACIDENTE DE TRÂNSITO - DIREITOS DO NASCITURO GARANTIDOS PELO CÓDIGO CIVIL - DEVIDA A COBERTURA SECURITÁRIA À MÃE – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Apesar de o art. 2º do Código Civil condicionar a aquisição da personalidade jurídica ao nascimento com vida, resguardou os direitos do nascituro desde a concepção, e conforme disposto no art. 3º da Lei nº 6.194/1974, vê-se que o aborto decorrente de acidente de trânsito se adéqua perfeitamente ao preceito legal. A legislação vigente sobre o DPVAT (Lei nº 6.194/1974) objetiva ressarcir o acidentado ou seus beneficiários nas hipóteses de morte, invalidez permanente e despesas médicas provenientes de acidente automobilístico, razão pela qual não há óbices a que a mãe, solteira, menor de 18 anos na data do fato, seja beneficiária do referido seguro. (TJ-MS - APL: 08345493920138120001 MS 0834549-39.2013.8.12.0001, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 22/06/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/06/2015).

Se pode observar, portanto, que, haja visto o patamar de equiparação em que são colocados nascituro e nascido com vida, todo ser humano, independentemente de seu estágio de desenvolvimento físico, é sujeito de personalidade jurídica e também sujeito de direitos. Neste diapasão, propõe a Constituição Federal, erigindo a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, a inserção do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, garantindo um mínimo de direitos fundamentais responsáveis pela garantia de vida digna (FARIAS, ROSENVALD, 2015).

Maria Helena Diniz entende os direitos de personalidade como direitos subjetivos, não se extinguindo pela falta de uso, uma vez que são inerentes à pessoa humana. São, segundo a autora, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis (DINIZ, 2012). Ainda neste sentido, há que se ressaltar a atualidade do reconhecimento dos direitos de personalidade como direitos subjetivos pela legislação brasileira. A Constituição vigente foi promulgada no ano de 1988 e é relativamente nova em relação à derrocada de direitos humanos no período pós-guerra, período a partir do qual se tomou consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, tendo sido resguardados na Assembleia Geral da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Assevera a autora:

[...] reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social. (DINIZ, 2012, p. 133).

Seguindo entendimento condizente com uma nova perspectiva jurídica proporcionada pela Constituição Federal, o conceito contemporâneo de personalidade jurídica figurada a partir de um “mínimo ético” e de um “mínimo existencial”, de acordo com Nelson Rosendal e Farias, não deve ser violado pelo Poder Público, nem pelos demais membros da sociedade privada. (FARIAS, ROSENVALD, 2015). Este conceito, atrelado à subjetividade, permite adentrar à reflexão de que a personalidade não mais necessita do aval legislativo para única e simplesmente ter garantia de se tornar sujeito de direito. Para além desta simplista atribuição à personalidade, aludem Farias e Rosendal:

Muito mais do que isso, a personalidade jurídica, antenada no valor máximo da dignidade humana, diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 131).

Preconiza Maria Helena Diniz a este respeito, amparada pela doutrina de Goffredo Telles Júnior, que é a personalidade quem sustenta os direitos e deveres que dela irradiam, desvencilhando, portanto, sua existência a partir do direito, uma vez que é o primeiro bem da pessoa. De acordo com o autor, pelo fato da personalidade preceder ao direito, ele lhe serve de suporte objetivo para alcançar proteção do que lhe é próprio, como por exemplo a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria. No entendimento da autora, a vida humana serve como exemplo de anterioridade ao direito que deve ser respeitado. Em suas palavras:

A vida humana, p. ex., é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos. Logo, os direitos da personalidade são direitos subjetivos ‘excludenāi alios’, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial. (DINIZ, 2012, p. 134-135).

A partir do que fora exposto, se pode interpretar o artigo 1º do Código Civil de maneira tanto mais ampla, quanto atual: para além da afirmação de que “[...] toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002) este direito aporta na titularidade das relações jurídicas e na legitimidade de reclamar o exercício da cidadania. Traduz ainda a personalidade jurídica como o valor maior do ordenamento jurídico, servindo de porto seguro para a legislação infraconstitucional. Nas palavras de Farias e Nelson Rosendal, a personalidade jurídica “[...] é valor ético, oriundo dos matizes constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana.” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 136).

Neste ínterim, tendo o Direito compromisso com a efetividade dos valores constitucionais, se afirma também aproximação com valores éticos, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana e a consolidação do reconhecimento normativo da proteção jurídica à pessoa. Ressalta-se sua extensão às pessoas em sua individualidade e agrupamentos.

Os desdobramentos do alcance do direito de personalidade abrangem o pós morte não se garantindo os direitos para além da vida, mas dispondo legitimidade ao cônjuge sobrevivente (e, evidentemente, ao companheiro e ao parceiro homoafetivo), aos ascendentes, aos descendentes e aos colaterais até o quarto grau, como consta no parágrafo único do artigo 12 do Código Civil. Os lesados indiretos defendem, portanto, “[...] em nome próprio, um direito próprio da personalidade consubstanciado em resguardar a memória da personalidade de alguém de sua família que já faleceu.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 169).

Não se trata de substituição processual, uma vez que os direitos de personalidade cessam com a vida; só existem a partir dela. Defendem Farias e Nelson Rosendal que a tutela

jurídica concedida pelo artigo 12 do Código Civil se destina às pessoas vivas, como que numa tentativa de resguardar a memória dos falecidos.

Tendo a legislação em consonância com a doutrina abordado uma das extensões do direito de personalidade, se faz necessária abordagem de outra extremidade: a que estabelece os direitos do nascituro e do embrião.

Apesar de a lei manter a salvo os direitos do nascituro, da jurisprudência se posicionar a favor da sua garantia, segue divisão doutrinária quanto ao momento da aquisição da personalidade e da garantia de capacidade: se depois da nidação no útero materno, se logo após a concepção, se após nascimento com vida.

Ocorre que, independentemente do momento que se julgar obter direito à personalidade (julgamento condicionado ao início da vida), a transformação tangente ao Direito privado afeta a repersonalização do ser humano como que numa reavaliação de direitos, e influi para garantia da vida digna. Neste ínterim, as regras constitucionais influenciam o legislador ordinário, que configura todo o arcabouço normativo infraconstitucional com o que fora elencado pelo constituinte, resultando numa nova leitura dos direitos da personalidade e marcando a presença de uma verdadeira cláusula geral da personalidade (a dignidade da pessoa humana). (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Ainda nas palavras de Farias e Rosenvald:

Importante, inclusive, observar uma certa vinculação entre a noção de direitos da personalidade à noção de direitos humanos, fazendo cair por terra a velha dicotomia que divorciava o direito público do direito privado, superando, definitivamente, a ultrapassada grande divisão do direito. Desse modo, a partir dos princípios constitucionais (que irradiam luzes para todos os ramos do direito, seja do direito público, seja do privado), fornecendo critérios de valor que vão inspirar toda a compreensão da norma infraconstitucional, é que se há de compreender a tutela da personalidade humana. Rompe-se a compreensão sectária da tutela da personalidade sob a ótica publicista ou privatista, como se fosse possível emprestar uma proteção parcial à pessoa humana sem martirizar o comando constitucional. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 173).

Neste sentido, se estabelecendo a dignidade como cláusula geral dos direitos de personalidade, o direito à vida digna passa a figurar um dos principais esteios em que se apoia a necessidade de determinação do início da vida. Sem consenso sobre o momento em que se inicia a vida, ficam limitadas as discussões acerca dos direitos do nascituro, dos embriões e questões importantes como a utilização de células embrionárias em pesquisas, a legalização do aborto, entre outras.

Convém traçar um fio condutor que rege as diferentes visões sobre o início da vida para poder discutir sobre os direitos dos embriões.

2.3 Personalidade civil do nascituro e do embrião

Urge, primeiramente, conceituar a pessoa natural que, em acordo com o Texto positivado é aquela que pode assumir obrigações e titularizar direitos. Nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

Em resumo: pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, todo ser humano (isto é, toda pessoa natural) é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 257).

Se pode entender que pessoa natural é todo ser humano que, para além da resumida interpretação de sujeito de direitos e deveres, é dotado de autoconsciência sobre o que representa e deve ser, sobre sua dignidade e sobre a capacidade de mudar a realidade fática em que vive, transformando, desta maneira, o meio em que se insere. Nas palavras de Miguel Reale, “[...] não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.” (REALE, 2002, p. 190).

Aduz o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, que o início da pessoa natural se dá mediante o nascimento com vida, embora coloque a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Nota-se ausência de definição jurídica quanto ao termo embrião, fato que impulsiona diferenciação deste quanto ao nascituro. Em consonância com o entendimento adotado no presente trabalho, se esclarece, de acordo com Adriana Augusta Telles de Miranda, que nascituro é o ser vivo concebido e nidado e embrião é o ser concebido e vivo (MIRANDA, 2015). Todavia, embora as nomenclaturas de embrião e feto se diferenciem tão somente quanto ao período de vida (MIRANDA, 2015), traça a medicina diferentes tratamentos e utilização de técnicas quanto à idade do embrião. Fato é que, materialmente, o desenvolvimento se inicia a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, momento que os gametas não mais remetem aos seus geradores, mas sim a uma outra estrutura que passa por intensas fases de diferenciação: mórula, blástula, gástrula, nêurula. Sobre este tema, alude Elio Sgreccia:

No momento da fertilização, ou seja, da penetração do espermatozoide no óvulo, os dois gametas dos genitores formam uma nova entidade biológica, o zigoto, que carrega em si um novo projeto-programa individualizado, uma nova vida individual. (SGRECCIA apud MIRANDA, 2015, p. 119).

Assim sendo, para o que se propõe neste trabalho (adoção homoafetiva de embriões excedentários), urge adotar o entendimento de que nascituro e embrião possuem cargas genéticas próprias, sendo titulares dos direitos de personalidade e, portanto, pessoas.

Entende Silmara Juny Chinellato Almeida, que o vocábulo nascituro engloba o conceito de embrião pré-implantatário pelo fato de o termo embrião não ser compreendido juridicamente, embora atualmente seja empregado em leis e acordos internacionais (ALMEIDA apud MIRANDA, 2015). Conquanto se adote terminologias diferentes para embrião e nascituro, seja anteriormente à colocação em útero materno, seja após a nidação, por entender o embrião ser vivo diferenciado e possuir carga genética própria, há que se concordar com o entendimento da autora Silmara Juny Chinellato Almeida, no que tange os embriões pré-implantatários, ou seja, os viáveis de implantação.¹⁰

Sobre se entender que a personalidade jurídica tem início após o nascimento com vida, expõe Washington de Barros Monteiro que “[...] ainda não terá nascido enquanto permanecer ligado ao cordão umbilical” (MONTEIRO, 2004, p. 59), defendendo, sob ótica particular, que o critério fundamental para determinar o nascimento com vida é o corte do cordão umbilical. Não necessariamente atrelada ao corte do cordão umbilical se caracteriza a teoria natalista, mas de acordo com seus defensores, os direitos de personalidade somente se concretizam mediante nascimento com vida, ou, de acordo com o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Ayres Britto, o nascituro não é pessoa, senão portador de expectativa de direitos. Afirma o ministro:

[...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para ADI 3.510 / DF se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (‘in vitro’ apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito

¹⁰ Neste entendimento se leva em conta o artigo 5º da Lei de Biossegurança, o qual restringe a doação de células tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa a embriões inviáveis e criopreservados há três anos, sendo necessária anuência dos genitores.

infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (STF, ADI 3510/05, relator min Ayres Britto).

Sobre a teoria natalista e a expectativa de direitos dos quais figuram no polo passivo os nascituros, entende criticamente Flávio Tartuce:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária. (TARTUCE, 2007, p, 51).

Entendimento contrário à teoria natalista é tomado pelos tribunais e pelo próprio código civil ao expor, no artigo 2º, a ressalva de direitos do nascituro.

Sabendo nascituro o ser concebido e nidado, mais do que a exaustiva e necessária tentativa doutrinária e jurisprudencial de diferenciação e determinação do momento da aquisição da personalidade jurídica, há que se observar a individualidade do ser humano, seu potencial de vida e a materialidade dos efeitos advindos do reconhecimento de personalidade intrínseca ao nascituro.

A materialidade se comprova pela necessidade de procedimento médico para retirada do feto morto do útero materno e, dependendo do estágio evolutivo em que se encontra, realizar o enterro do feto de forma digna a condizer com o mínimo ético respeitoso devido a um ser humano, esteja ele morto ou vivo. Neste sentido elucida o enunciado 1º da 1ª Jornada de Direito Civil:

Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 17).

Se compreende neste caso, extensão do direito à dignidade da pessoa humana como cláusula maior dos direitos de personalidade frente à evidente materialidade da existência: o corpo. Outrossim, ante o entendimento doutrinário que versa sobre legitimidade familiar em figurar polo ativo nas lides que compreendem danos morais relativos à memória do ente falecido, urge ressaltar a dor da perda que se estende tanto ao ente com quem houve convívio, quanto ao ente que criou expectativa quanto ao convívio. Mais do que racionalidade, característica que diferencia o ser humano do restante dos animais, a emoção figura

característica fundamental da sociabilidade, do ser social. Neste sentido tem caminhado a jurisprudência:

AGRAVO INTERNO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS ANTERIOR AO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. DIREITOS DO NASCITURO A SEREM ASSEGURADOS. Ainda que tenha nascido em data posterior ao ato, o agravado tem seus direitos assegurados por lei, na condição de nascituro, na forma do artigo 2º do CCB. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado n. 70057748634, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/12/2013) (TJ-RS - AGV: 70057748634 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 18/12/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014).

RECURSO INOMINADO. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADO. SINISTRO OCORRIDO APÓS AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11.482/2007. INCIDINDO A COBERTURA NO VALOR DE R\$ 13.500,00. ABORTO DECORRENTE DO ACIDENTE DE TRÂNSITO. DIREITOS DO NASCITURO GARANTIDOS PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. LEGITIMIDADE DO ASCENDENTE PARA RECEBER A INDENIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004868485, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Paulo Cesar Filippin, Julgado em 01/08/2014) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004868485 RS, Relator: Paulo Cesar Filippin, Data de Julgamento: 01/08/2014, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/08/2014).

Diante do exposto, estendendo atenção à evolução genética proposta pelo avanço técnico-científico, se conclui que o nascituro tem direito à personalidade. Este direito, alocado entre os artigos 11 e 22 do Código Civil, pode ser conceituado dentre os inerentes à pessoa, como o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade, e à dignidade. Ainda que não seja pacífico o entendimento a respeito da personalidade civil do nascituro, se pode comprová-la por outros meios. A Lei n. 11.804/2008, que dispõe sobre os alimentos gravídicos exemplifica o entendimento de que, dentro do ventre materno, a criança por nascer é dono de direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o seu pronto atendimento pelos entes públicos, se estendendo este direito aos nascituros por meio da jurisprudência. Neste sentido:

Alimentos Gravídicos. Perda superveniente do objeto. Ausência. Não há que se falar em perda superveniente do objeto pelo nascimento da criança, visto que os alimentos gravídicos são devidos desde a concepção e com o nascimento devem ser convertidos em favor do menor até que seja postulada sua revisão. (TJ-RO - APL: 00017192720118220007 RO 0001719-27.2011.822.0007, Relator: Desembargador Raduan Miguel Filho, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 21/01/2014.).

DIREITO DO NASCITURO AO ATENDIMENTO DE QUE NECESSITA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO DE FORNECÊ-LOS. 1. A responsabilidade do pronto fornecimento do atendimento de que

necessitam o nascituro e a gestante é solidária tanto do Estado, quanto do Município, sendo irrelevante se está sendo demandado apenas o Município. 2. O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o seu pronto atendimento pelos entes públicos. 3. Cabe ao ente público demandado valer-se dos mecanismos de compensação previstos no próprio SUS. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70059485862, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 04/07/2014)(TJ-RS - AI: 70059485862 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 04/07/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014).

Mundialmente tutelado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, os direitos do nascituro constituem outra prova de personalidade. É proposto no preâmbulo da Convenção:

Tendo presente que, como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de Novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento. (UNICEF, 2004).

2.3.1 Teorias relativas ao início da vida

Ainda que o Código Civil resguarde desde a concepção os direitos do nascituro, há divergências na maneira de entendimento quanto ao início da vida. Três são as diferentes formas de pensamento: a teoria natalista, que prevê o início da vida somente após o nascimento; a teoria da personalidade condicional, que entende o início da personalidade civil através do nascimento com vida, colocando sob condição suspensiva os direitos do nascituro, ou seja, os elencando como detentores de direitos eventuais (ALMEIDA, 2000); e a teoria concepcionista, a qual entende haver vida no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Efetuada crítica à teoria natalista de que sua adoção se fecha aos direitos cabíveis à personalidade jurídica tendo como elemento maior a dignidade reconhecida, por exemplo, através da ação de reconhecimento de paternidade de nascituro, e aos alimentos gravídicos que tem por escopo o bem-estar da gestante e da criança que está em seu ventre, se procede à exposição de argumentos equivocados da teoria da personalidade condicional. Esta teoria, por relativizar os direitos do nascituro condicionando-os ao seu nascimento com vida, acaba por fazer do nascituro portador de expectativas de direitos e não da concretude que pode advir da dignidade atingida pelo direito ao nome vide reconhecimento paterno, à herança e à adoção. Nas palavras de Flávio Tartuce:

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer. (TARTUCE, 2007, p. 78).

No que tange ao entendimento adotado no presente trabalho, para além de se atrelar a uma única visão e buscar tomá-la por verdade universal, se entende que, para viabilização da teoria da adoção de embriões excedentários, se deve entender os embriões pré-implantatários como sujeitos de direitos. Ademais, afastando a discussão que acomete a escolha da teoria concepcionista e limita o avanço de temas tangentes ao aborto, às pesquisas com células tronco embrionárias e à responsabilização penal pelo descarte de embriões, se entende que a necessária utilização desta teoria deva se limitar à concessão de personalidade jurídica ao embrião tornando-o sujeito de direitos relativos à dignidade, fruto da personalidade jurídica que alcança sua adoção, bem como os torna dignos de tratamento ético em sua manipulação. Preza a teoria concepcionista tanto pelos direitos do nascituro como dos embriões e propõe que os respeite de maneira a considerá-los seres vivos, sujeitos de direitos.

Para Adriana Augusta Telles de Miranda, sob orientação de Flávio Tartuce, na teoria concepcionista, “[...] o nascituro tem personalidade jurídica, desde a sua concepção, e pode figurar como sujeito de direitos e de obrigações, possuindo a mesma natureza que a pessoa natural.” (MIRANDA, 2015, p. 106). Nas palavras de Flávio Tartuce: “É aquela [teoria] que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei.” (TARTUCE, 2013, p. 119).

Adota a referida teoria José Fernando Simão que, comparativamente alude:

Dessa forma, partimos para nossas conclusões. Assim como o conflito dos Titãs culminou com a derrota de Cronos e dos titãs, confinados por Zeus no Tártaro. Derrotando os Titãs e Zeus estabeleceu seu domínio como o maior dos deuses, o conflito jurídico entre natalistas e concepcionistas foi vencido pelos últimos. O nascituro é pessoa e, nessa qualidade é titular de direitos e merecedor da mais ampla proteção jurídica. (SIMÃO, 2007)

Conclusivamente, assevera Silmara de Abreu Juny Chinellato e Almeida que são quatro as categorias de direitos de personalidade que assume o nascituro: “[...] o direito à vida como categoria autônoma, não integrante do direito à integridade física, por ser um direito condicionante, qual depende todos os demais”, o direito à integridade física, o direito à integridade moral e o direito à integridade intelectual. (ALMEIDA apud MIRANDA, 2015, p. 115).

Buscando fundamentação para a necessária escolha da teoria concepcionista, há que esbarrar na bioética como ponto de junção das muitas disciplinas fundamentais para o estudo em questão. Quando se propõe uma bioética global, voltada à interação das ciências sociais e biológicas, do ser humano com o meio ambiente e os animais, não se foge da noção de dignidade

da pessoa humana, que se reporta ao manejo e conduta perante os embriões excedentários e a preservação da vida em escala mundial:

A teoria original da bioética era a intuição da sobrevivência da espécie humana, numa forma decente e sustentável de civilização, exigindo o desenvolvimento e manutenção de um sistema de ética. Tal sistema (a implementação da bioética ponte) é a bioética global, fundamentada em intuições e reflexões alicerçadas no conhecimento empírico proveniente de todas as ciências, porém, em especial, do conhecimento biológico. [...] Na atualidade, este sistema ético proposto segue sendo o núcleo da bioética ponte com sua extensão para a bioética global, o que exigiu o encontro da ética médica com a ética do meio ambiente numa escala mundial para preservar a sobrevivência humana. (POTTER apud PESSINI, 2013, p.11).

2.4 Filiação no código civil

Tendo a filiação ampliado seus horizontes no que tange ao reconhecimento de filhos havidos fora do casamento proporcionando-lhes iguais direitos e qualificações, não devendo haver discriminação de qualquer espécie, há que se atentar à separação no Código Civil: os artigos 1.596 a 1.606 tratam da filiação biológica, enquanto os artigos 1.607 a 1.617 tratam do reconhecimento dos filhos havidos fora da relação conjugal.

Assevera Maria Berenice Dias que tal diferenciação se dá pelo fato de o legislador ainda fazer uso da presunção de paternidade. Segundo a autora, “[...] tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por serem pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar.” (DIAS, 2015a, p. 387). Se apodera a autora de recortes históricos como justificativa para o engessamento tanto social quanto legislativo referente ao rompimento de barreiras preconceituosas atreladas à legitimidade outrora empregada à família formada por um homem e uma mulher que tivessem contraído matrimônio na Igreja. Graças à legitimação desta estrutura familiar, as outras não possuíam valor ou significância, restando os seus frutos no limbo registral.

No tocante aos frutos da família legítima, os filhos matrimoniais, assevera a lei que basta a existência de conjugalidade para que se presuma a paternidade, não bastando o adultério da mulher, ainda que confessado, para impedir a presunção legal da paternidade, tampouco a confissão materna para que se exclua a paternidade. Ademais, cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Neste sentido, leciona Maria Berenice Dias que é gerada paternidade jurídica e não real (DIAS, 2015a). A preocupação jurídica na manutenção da estrutura familiar se mostra contraditória a partir dos artigos referentes à filiação no Código Civil, de maneira a não valorizar os laços sanguíneos outrora tidos como definidores de relação parental, mas se mostrando a favor da

não violação da honra masculina selada pelo casamento, da transmissão do nome de família, mesmo que os genes não tenham se perpetuado.

A diferenciação entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados não se limitava à singela nomenclatura. Aos ilegítimos cabia divisão em espúrios e naturais; os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adulterinos.¹¹ Diferentes formas de filiação se davam somente pelo fato de os pais não serem casados, da criança ser fruto de uma relação extraconjugal ou não sacralizada, não cabendo a estes direitos sucessórios, direito ao nome (reconhecimento de paternidade), nem mesmo registro. A este respeito alertara Clóvis Bevilacqua: “A falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas.” (BEVILAQUA, 1917, p. 332). A culpa e a repressão social e religiosa recaía sobre os filhos de relações ilegítimas e não sobre os verdadeiros culpados: os pais.

Duas normas, nos anos de 1942 (Decreto-Lei n. 4.737, de 24/09/1942) e 1949 (Lei 883, de 21/10/1949) ascenderam com intuito de reconhecimento do filho ilegítimo, todavia, o ato só poderia acontecer se o genitor tivesse seu casamento dissolvido. O máximo de direitos garantidos aos filhos extraconjugais era investigação da paternidade com finalidade de obtenção de alimentos e metade da herança que viessem a receber os filhos legítimos ou legitimados. (DIAS, 2015). Avanço significativo se deu com a Lei n. 7.250/84 por tratar no § 2º do art. 1º que: “Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos”. (BRASIL, 1984).

Alçando a dignidade da pessoa humana voos mais altos com a Constituição de 1988, se pode então esboçar indícios reais de igualdade perante a ascensão do afeto como elemento caracterizador da união familiar. Se pode, desta maneira, elevar a socioafetividade ao patamar de fio condutor, estruturador das relações familiares. Nas palavras de Euclides de Oliveira:

Daí surgem as denominações de filiação, paternidade e maternidade socioafetivas, que decorrem do reconhecimento do estado de filho e se aparelham a outras formas, tradicionais, que são a filiação biológica (consanguínea, genética), registral (reconhecimento em cartório, documento escrito, testamento ou por decisão judicial) e civil (adoção). (OLIVEIRA, 2016, p. 298).

Leciona Adriana Augusta Telles de Miranda que “[...] os filhos podem ter tripla paternidade, quais sejam: a biológica, a registral e a socioafetiva.” (MIRANDA, 2015, p.182).

¹¹ Na lição de Maria Berenice Dias, ilegítimos, espúrios e bastardos eram denominados os filhos concebidos fora do casamento; incestuosos eram chamados os filhos concebidos entre parentes em linha reta ou entre irmãos (DIAS, 2016).

Assevera a autora que, não restando dúvidas quanto à filiação biológica, está se concretiza “[...] pela união de gametas sexuais, um masculino e outro feminino, formando novo agrupamento de genes [...]. Esse encontro único ensejará a criação de um novo código genético, que dará uma individualidade biológica”. (CHAVES, apud MIRANDA, 2015, p. 183). A filiação registral, de acordo com o artigo 1603 do Código Civil, é determinada pela certidão do termo de nascimento registrada no Ofício Civil, perante o Oficial de Registro Civil. Por ser pública e documental, “[...] identifica a pessoa no ordenamento jurídico e gera aos pais todos os deveres do poder familiar, como os alimentos e a mútua assistência, ainda que a filiação em foco seja meramente registral.” (MIRANDA, 2016, p. 183).

Elegendo a Constituição Federal outras formas de convivência familiar que não o casamento registrado em cartório (união estável) e família monoparental, concedeu iguais direitos aos filhos havidos ou não da relação conjugal ou de adoção, proibindo discriminações. (CF, 227, §6º). “Foi a partir daí que a palavra *filhos* não mais admite qualquer *adjetivação*. Não se sujeitam eles a qualquer classificação. Floresceu assim o conceito de *filiação socioafetiva*.” (DIAS, 2016, p. 41).

Assevera Rolf Madaleno que a filiação registral:

[...] traz em seu escopo o princípio explícito da paternidade socioafetiva, porque o status jurídico de pai decorre do reconhecimento dessa condição no respectivo termo de nascimento levado para registro e não do eventual vínculo de sangue, que deveria, em tese, corresponder à verdade registral. (MADALENO, 2011, p. 7).

O registro revela a posse de estado de “pai” advinda da vontade, uma vez que “Quem apresenta como filho, é assim tratado no âmbito da família e da sociedade, filho é!” (DIAS, 2016, p. 49).

Nota-se que se faz necessário vínculo entre filiação registral e posse de estado de filho, revelando que o afeto transcende o mecânico elo biológico e aporta na predisponibilidade de vontade. Neste sentido dispõe Rolf Madaleno:

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque esta, quando desligada do afeto e da convivência, nada mais representa do que um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra do descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, pessoais e materiais da relação natural de filiação. (MADALENO, 2012, p.1).

Assim sendo, a verdadeira filiação somente deve prosperar no campo da afetividade, na veracidade e intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética. O vínculo afetivo não se garante pela lei, tampouco pelo sangue, mas através da solidariedade e da convivência (WELTER, 2003). Daí se concluir que “Todos os

pais – biológicos ou não – precisam estabelecer com os filhos um vínculo de filiação socioafetiva. Precisam adotar seus filhos.” (DIAS, 2016, p. 45).

Outrossim, através da elevação da afetividade como elemento norteador da família, os filhos figuram importância sociofamiliar, que os considera integrantes do núcleo familiar, mesmo na ausência dos genitores. Há que se evidenciar alteração significativa no conceito de descendência, extrapolando os vínculos biológicos e aportando na irmandade socioafetiva, nas famílias anaparentais, monoparentais, mosaico, paralelas, homoafetivas. A este respeito anotam em parecer Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski:

A família é, efetivamente, realidade sociológica, que antecede o Direito, não sendo possível aprisioná-la a conceitos ou modelos fechados e formalmente instruídos. Essa família como realidade sociológica é plural, como plurais são as aspirações afetivas que influenciam o fenômeno familiar. O direito brasileiro contemporâneo reconhece a insuficiência do fechamento conceitual, tutelando os integrantes da família com fundamento na proteção de um espaço em que possam livremente satisfazer suas aspirações afetivas e no qual prevaleça o valor da solidariedade. Esta última se apresenta como o fundamento maior da proteção jurídica aos integrantes da família, já que seu sentido extrapola até mesmo a dimensão afetiva: se a solidariedade familiar, materialmente, tem por origem o afeto, o dever de solidariedade inerente à convivência familiar – porque instrumento à dignidade da pessoa humana – persiste mesmo quando cessa a dimensão afetiva. (OLIVEIRA, 2016, p. 300).

De fato, em concordância com a autora Adriana Augusta Telles de Miranda, se torna possível ter três distintas formas de filiação: a biológica, a registral e a socioafetiva mas se assevera que nenhuma das duas primeiras existe de fato se o afeto não for o elo condutor da relação familiar. Ainda neste sentido, como já trabalhado, a partir de 2016 fora reconhecida pelo STF a equiparação da filiação socioafetiva com a biológica que, nas palavras de Ricardo Calderón: “Trata-se de uma decisão muito importante, pois firma o princípio da afetividade nas relações familiares e consolida o vínculo socioafetivo como suficiente vínculo parental e, além disso, avança no sentido de reconhecer a possibilidade jurídica de multiparentalidade.” (IBDFAM, 2016c). Não havendo sobreposição de uma em relação à outra, existe a possibilidade de dupla paternidade ou maternidade no documento registral, podendo constar pais biológicos e afetivos.

Outrossim, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu ser possível a um filho receber herança tanto por parte do pai biológico quanto por parte do pai registral. O colegiado entendeu que, tendo o filho usufruído de uma relação filial socioafetiva por imposição de outrem que aferiu tal situação no registro de nascimento, “[...] ao conhecer sua verdade biológica, tem direito ao reconhecimento da sua ancestralidade, bem como a todos os efeitos patrimoniais inerentes ao vínculo genético.” (STF, 2017).

Este julgamento nitidamente esbarra na questão axiológico-jurídica tangente à doação de gametas para fecundação heteróloga e a relação de parentesco entre doador e embrião, doador e nascituro, doador e criança nascida com vida, bem como no direito à filiação de embriões.

Primeiramente, urge sublinhar a proposta de ampliação do texto legal no qual somente é reconhecida filiação advinda de técnica de inseminação artificial heteróloga desde que haja prévia autorização do marido (CC, art. 1597, V). Sob entendimento de equânime tratamento aos casais homo e heteroafetivos, se entende que a inseminação artificial heteróloga pode proceder tanto da doação do gameta masculino quanto do feminino, ou de ambos. A gestação por substituição que tange casais homoafetivos formados por homens depende da doação de óvulo caracterizando, desta forma, inseminação artificial heteróloga mediante doação de gameta feminino. Outrossim, sob manutenção do atual texto legal, não se poderia considerar filho o fruto da inseminação artificial heteróloga na qual se utilizou espermatozoide do pai e óvulo de uma doadora. Restariam fadados à não procriação os casais cuja mulher não possui gametas considerados bons para fecundação? Não parece está a proposta da evolução científica, tampouco da evolução jurídica com propostas veementes de igualdade e garantia de direitos.

Figura no rol dos direitos sociais a proteção à maternidade que, em sentido amplo, abrange as gestantes, mas não deveria se olvidar das mulheres que desejam engravidar e por motivos outros não conseguem. Sobre a equiparação dos direitos reprodutivos a direitos humanos assevera Flávia Piovesan:

Sob a perspectiva de relações equitativas entre gêneros e na ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares. De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Trata-se de direito de auto-determinação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e pela não violência. (PIOVESAN, 2006).

Ainda sobre a igualdade entre gêneros pleiteada pela luta histórica das mulheres, a necessária afirmação dos direitos reprodutivos como direitos humanos, se fundamenta a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher na dupla obrigação de abolir a discriminação e de assegurar a igualdade. Neste sentido, se enquadra o Enunciado 129 da I Jornada de Direito Civil, que propõe inclusão de um artigo no final do Capítulo II, Subtítulo II, Capítulo XI, Título I, do Livro IV, com a redação:

Art. 1597- A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 32).

Segue justificativa do Enunciado:

No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantiar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 32).

Sob a ótica da ascensão dos direitos reprodutivos em consonância com perspectiva garantista dos direitos humanos, se pode traçar o princípio da dignidade da pessoa humana no direito à identidade genética e isto envolve os filhos frutos da inseminação artificial heteróloga ou os frutos adoção de embriões excedentários.

Em decorrência do advento da socioafetividade, a identificação dos vínculos de parentalidade se relativizaram não se restringindo o fator determinante da paternidade tão somente ao campo genético. Todavia, “[...] observa-se que a investigação de paternidade, para a pessoa fruto da inseminação artificial heteróloga, é cabível pela proposição legislativa. Entretanto, há a ressalva do não reconhecimento de vínculo de parentesco.” (MIRANDA, 2015, p. 188).

Em acordo com a autora Adriana Augusta Telles de Miranda, a investigação de paternidade se daria somente para satisfazer os direitos de personalidade em face da disposição gratuita do embrião e do termo de aceite dos pais, além do gameta masculino ser fruto de doação voluntária e constar na Resolução n. 2.121/2015 do CFM que “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa” e:

Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a). (CFM, 2015).

Há que se identificar que a Resolução se utiliza do vocábulo “*não devem*” e isso não significa que os filhos “*não possam*” conhecer seus pais genéticos. Assevera Adriana Augusta

Telles de Miranda que “De qualquer maneira, por motivos médicos, e em situações especiais, as informações sobre os doadores podem ser fornecidas entre os médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.” (MIRANDA, 2015, p. 175).

O direito à intimidade e ao resguardo do material genético do doador se encontram dispostos no Enunciado 405 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça aprovado na V Jornada de Direito Civil que, no tocante ao artigo 21 do Código Civil, leciona: “As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.” Todavia, para além da referida regularização, se entende que o assunto deva constar em legislação específica, pertinente às possibilidades de quebra de sigilo da identidade do doador, bem como às técnicas de reprodução assistida que atualmente são reguladas pela Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Outrossim, de maneira a atingir isonomia entre as partes da relação genético-filial gerada pelas TRA, existe o seu fruto, ser humano, sujeito de direitos dentre os quais se encontra a personalidade jurídica e a identidade genética. Sobre o exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, se posiciona o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF - RE: 363889 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011). (STF, 2011).

Posto que a herança hereditária caracteriza elementos de identificação biopsicossocial, a importância do seu reconhecimento, quando demonstrado interesse, aciona o rol do direito fundamental à identidade genética que permanecia em estado latente, ainda que pesem os direitos à privacidade e intimidade do doador. Entretanto, posto que o gameta é fruto de doação, se entende que o direito a conhecer a identidade genética não atinge a filiação, os direitos dela advindos, posto que, como evidenciado, está se dá pelo vínculo afetivo entre as partes e não pela mera contribuição genética.

Assim sendo, se deve concluir pela não mitigação do direito à identidade genética. Todavia, o fato de se conhecer os pais biológicos não caracteriza o vínculo de parentesco, “[...] apenas prioriza-se o direito de conhecer sua identidade genética, como verdadeiro direito da personalidade, e, ainda, mormente a hipótese de o filho possuir moléstia hereditária, bem como para evitar a possibilidade de casamento entre irmãos.” (MIRANDA, 2015, p. 177).

Neste sentido, elucida o Projeto de Lei do Senado PLS 470/2013, da senadora Lídice da Mata, que versa sobre o Estatuto das Famílias e propõe possibilidade de investigação de paternidade sem, contanto, gerar vínculo de parentesco. É uma parte do texto:

Art. 86. É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético, sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único. O ascendente genético pode responder por alimentos necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.” (SENADO FEDERAL, 2013).

No tocante à não existência do vínculo de paternidade nas TRA heterólogas, posto que fruto de doação de gametas, explana o Enunciado 111 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil ainda que tenha sido revogado o artigo 1.626 do Código Civil:

111- Art. 1.626: a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica de conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 28).

Em consonância com o exposto no enunciado acima, se conclui pela inexistência de vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante em decorrência da doação que este fez de seu material genético. A filiação registral nestas circunstâncias atribui a condição de paternidade a quem gestará e a seu companheiro ou companheira. Há que se concluir pela primazia da posse de estado de filho, pela filiação socioafetiva em detrimento das outras, posto que o ato de doação do material genético caracteriza por si só o desinteresse,

enquanto a vontade que moveu os pais registrais à buscarem solução para a infertilidade, investirem financeiramente no procedimento, comprova interesse em viver a paternidade/maternidade e este deve ser o elemento caracterizador da filiação. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “A paternidade irresponsável é invisível. Só a *parentalidade responsável* existe de fato com implicações sociais a serem preservadas. A criação do estado de filho significa que o *cuidado*, enquanto *valor jurídico*, foi adotado por quem assumiu a condição de provedor de todas as necessidades daquele filho.” (DIAS, 2016, p. 51).

2.5 Adoção

Adotar é, antes de tudo, um ato de amor. Nada mais é do que um movimento em direção ao outro. Seja o que, ou quem se adota, trata-se de um gesto de afeto que nasce de uma manifestação de vontade. A aproximação entre adotante e adotado, gera um sentimento de pertencimento. (DIAS, 2016, p. 72).

Milenarmente reconhecida, a adoção traz, como exemplo mais conhecido a história de Moisés, criança abandonada no leito do rio e encontrada pela filha do Faraó Egípcio, que a criou como filho (ÊXODO, cap. 2, versículos 1 a 10). Traz a história também, do lúdico surgimento de Roma, em que uma loba amamenta os gêmeos Rômulo e Remo, os criando através da adoção. (DIAS, 2016).

Verídicas ou não, estas histórias são remetidas ao instituto da adoção que nem sempre, no decorrer dos séculos, teve o mesmo desfecho e valor dados atualmente. É possível identificação de condição análoga a de filhos biológicos aos adotados, não se aconselhando, inclusive, que haja tal distinção. A partir da análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional (concluída em Haia em 1993), ratificadas pelo Brasil, a adoção se fez valer do princípio da dignidade como elemento primordial na construção da relação entre adotando e adotante evidenciando o afeto como pilar fundamental para a construção do vínculo.

Nas palavras de Pontes de Miranda, “Adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado, relação de paternidade e filiação.” (MIRANDA, 2001, p. 217).

Este ato nunca deixou de ser solene, necessitando, como se extrai do Direito Romano, de autorização sacerdotal, judicial e popular. A *adrogatio*, adoção aplicada aos *sui iuris*, se concretizava mediante sindicância dos pontífices e em virtude da decisão dos comícios por

cúrias, *populi auctoritate*. (MIRANDA, 2001, p. 217). Era o magistrado quem conduzia os comícios, dirigindo três *rogationes*: ao adotante, ao adotando e ao povo.

O instituto da adoção estava inserido na Lei das XII Tábuas e sua formalidade consiste formalidade na presença do magistrado e na intenção de formação de um novo pátrio poder.¹² Seguindo necessidade protocolar à época, se fazia necessário que o pai biológico colocasse o filho quatro vezes a disposição do adotante (*mancipum*), havendo a transferência do pátrio poder ao novo pai, mediante homologação do magistrado (MIRANDA, 2001).

O ato de pessoas alheias ao processo de geração assumirem a paternidade ou a maternidade é, portanto, fato histórica e socialmente conhecido. Nem sempre genitores estiveram prontos para assumir a responsabilidade de criar outra pessoa, seja pelo fato de não possuírem condições financeiras, psicológicas, familiares, ou outro motivo qualquer. Ressalta Tânia da Silva Pereira que o ato de adotar se deu entre os antigos com o intuito de perpetuação do culto doméstico acometido pelo medo de extinção da espécie (PEREIRA, 2016).

Ocorre que pela tentativa de suprir a infertilidade movida justamente pela necessidade de manutenção da espécie, ou mais ainda, pela necessidade de transmitir o sobrenome da família, como que numa corrida animalesca em que o mais forte se sobressai ao mais fraco, é que houve tratamento diferenciado à adoção. Este tratamento se demonstrou desigual no que tange à herança de filhos naturais e adotivos, não tendo estes direitos aos bens da família que os adotara; à extratificação de filhos havidos fora do casamento, que não podiam ser registrados com o sobrenome paterno; à restrição de o adotante ser maior de cinquenta anos, não ter filhos biológicos e ter dezoito anos de diferença sobre a idade do adotando.

O Código Civil de 1916 introduziu sistematicamente o instituto da adoção no Direito brasileiro, ainda que de maneira conservadora aos olhos atuais.

Restringindo a adoção a pessoas maiores de cinquenta anos e que não possuíam filhos, bem como tentando suprir a necessidade religiosa e social de se ter herdeiros, houve, mesmo que timidamente, progresso no que tange este instituto no Brasil. O artigo 372 do Código Civil de 1916, exigindo o mútuo consentimento para adoção, a fez, como leciona Caio Mário da Silva Pereira, um ato de vontade que requer o consentimento das duas partes, uma vez que se exigia o consentimento dos pais do adotante, ou tutor, ou ainda do próprio adotando em caso de maioridade ou emancipação (PEREIRA, 2014).

¹² O pátrio poder significa o poder familiar, ou o poder que se exerce sobre a família. A partir da estruturação das famílias, seguindo os moldes da tradição impostos pelo Estado e pela Igreja, o homem era considerado o “*pater familiae*”, com poderes totais sobre os membros, restando à mulher a função de zelar pelo lar e educação dos filhos (DIAS, 2016).

Como mencionado, fora singela, mas significativa a introdução da adoção no Direito brasileiro. Todavia, como também estudado neste trabalho, o Direito não se projeta para além do caminhar das necessidades sociais, ocupando posto vanguardista no que concerne à sua evolução, fato que reflete na imprescindibilidade do estudo dos progressos mais significativos do instituto em questão.

A Lei n. 3.133/57 diminuiu a idade mínima do adotante para trinta anos, concedeu direito a adoção por casais que tinham cinco anos de casados, bem como ao tutor e curador do pupilo ou curatelado após prestação de contas da administração. Ao adotante foi permitido o direito de desligamento da adoção mediante cessação da menoridade ou da interdição, possibilitando dissolução do vínculo adotivo mediante acordo e nos casos em que era admitida deserdação (PEREIRA, 2016).

A adoção se dava via escritura pública e o parentesco se dava somente entre adotante e adotado, havendo exclusão deste dos direitos sucessórios caso aqueles viessem a ter filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Somente o pátrio poder era transferido a outra pessoa, permanecendo os direitos e deveres oriundos do parentesco natural.

A Lei n. 4.655/65 introduzindo a *Legitimação Adotiva*, manteve os avanços da Lei n. 3.133/57, porém vinculou a legitimação da adoção à decisão judicial, necessitando a presença de representante do Ministério Público. Pelo fato de o procedimento se dar via sentença, está com efeito definitivo, tornou irrevogável a adoção, que era averbada no registro de nascimento da criança, não havendo o nome dos genitores e encerrando, desta forma, os vínculos de parentesco com a família natural (PEREIRA, 2016).

Em 1979, a entrada em vigor da Lei n. 6.697/79, mais conhecida como “Código de Menores”, instituiu duas formas de adoção: a adoção plena, que seguiu a Legitimação Adotiva e a adoção simples, regida pelo Código de 1917 e pelos artigos 27 e 28 do Código de Menores.

Por seguir a adoção plena os traços da Legitimação Afetiva, o avanço que dela se obteve foi a extensão do vínculo adotivo à família do adotante, constando no registro o nome dos avós do adotado, independentemente do consentimento (PEREIRA, 2016). Outrossim, os direitos sucessórios, alimentícios ou relativos ao poder familiar se estenderam aos filhos adotivos, podendo estes partilharem igualmente da herança dos filhos biológicos (RIZZARDO, 2011).

A adoção simples foi direcionada aos menores de dezoito anos que se encontravam em situação de irregularidade. Feito através de escritura pública, este tipo de adoção exigia estágio de convivência com a família adotante de pelo menos um ano, exceto para adotandos com idade menor que cinco anos (RIZZARDO, 2011).

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, manteve o conteúdo referente aos maiores de dezoito anos, revogando, portanto, os princípios dispostos no Código Civil de 1916 referentes aos menores de dezoito anos. Mais do que simples alterações, o ECA regula a adoção de crianças e adolescentes, garantindo, por intermédio da Constituição Federal de 1988, a concretização da responsabilidade compartilhada entre Estado, Família e sociedade, no que tange 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.

Se depreende, a partir do artigo 227, § 6º da Constituição Federal, a equiparação de filhos havidos fora do casamento, ou por adoção, aos filhos “legítimos”, tendo todos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Evolutiva e cronologicamente estes foram passos significativos para o reconhecimento do instituto da adoção enquanto princípio que se materializou no afeto, “[...] no amor paterno-filial que imita a vida.” (DIAS, 2016, p. 71).

Todavia, como forma de desdobramento do instituto da adoção, se propõe que este não se limite, se renove proporcionando possibilidade de escolha às pessoas que queiram assumir a responsabilidade de criar outra pessoa, de estabelecer com ela, sobremaneira, vínculos de afetividade.

2.6 Adoção de nascituros e embriões excedentários

Como preleciona Maria Helena Diniz, o estado de filiação decorre de um fato, que é o nascimento, ou de um ato de vontade, que é a adoção. Esta é uma modalidade de filiação que, além de regulamentada como civil através do artigo 1593 do Código Civil, é construída no amor, gerando desta forma, vínculo de parentesco por opção (DINIZ, 2012).

Ocorre que para mais do objetivo de dar pais a uma criança, a adoção tem por intuito garantir uma família, um lar onde se possa conviver digna e harmoniosamente, além dos direitos intrínsecos à personalidade, como a existência, a vida, a integridade.

Por se entender que os direitos da personalidade se estendem ao nascituro, se conclui que este goza do direito à adoção.

Por definição etimológica, nascituro é palavra derivada do latim *nasciturus*, que significa aquele que deverá nascer, que está por nascer (FARIAS, 2015). Nas palavras de

Cristiano Chaves de Farias, “[...] o nascituro é aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que ainda está no ventre da genitora.” (FARIAS, 2015, p. 264).

Assevera Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sobre a extensão dos direitos de personalidade aos nascituros que “Os direitos de personalidade são todos os que dizem respeito ao exercício da vida digna, desde a concepção, e não unicamente daqueles previstos entre os arts. 11 a 21 do Código Civil.” (HIRONAKA, 2015, p. 62).

Este entendimento se fundamenta nos artigos 1.609, parágrafo único do Código Civil, que permite o reconhecimento da filiação do nascituro; no artigo 1.779, que versa sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro; no artigo 542, que autoriza a doação ao nascituro e no artigo 1.798, que reconhece a capacidade sucessória do nascituro (FARIAS, 2015).

Leciona Cristiano Chaves de Farias sobre a teoria concepcionista e consequentemente aos direitos estendidos ao nascituro que:

Sem dúvida, reconhecendo o acerto da teoria concepcionista, é de se notar que a partir da concepção já há proteção à personalidade jurídica. O nascituro já é titular de direitos da personalidade. Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva, significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude. (FARIAS, 2015, p. 265).

Por se entender que os direitos da personalidade se estendem ao nascituro, em consonância com o parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil, que leciona que o reconhecimento dos filhos pode preceder o nascimento, logo se pode concluir que o nascituro goza do direito à adoção.

Ainda neste sentido, entende Flávio Tartuce: que “[...] é possível o reconhecimento do nascituro como filho, conforme prevê especificamente o art. 1.609, parágrafo único, do CC. Se for possível reconhecê-lo como filho, por que não seria possível adotá-lo? Entendemos que há um contrassenso nesse entendimento que nega a possibilidade de adoção.” (TARTUCE, 2007, p. 50)

A adoção de nascituro, traz seus desdobramentos na doutrina e na jurisprudência brasileiras, fato que impulsiona o estudo relativo a este tema e permite a abertura das famílias para mais uma espécie de adoção titular de garantia da dignidade da pessoa humana como corolária dos direitos de personalidade.

Todavia, os direitos de natureza patrimonial, apreciáveis economicamente, como a doação, a herança, o legado e a pensão previdenciária, ficam condicionados ao nascimento com

vida, uma vez que a plenitude de sua eficácia se encontra atrelada ao evento futuro e incerto do nascimento (FARIAS, 2015).

Ao se valer da jurisprudência concedendo direitos de os pais receberem indenização do Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) por conta do atropelamento da gestante com decorrente óbito do nascituro, trata-se, no entendimento de Cristiano Chaves de Farias:

[...] uma interpretação sistêmica e finalística do conceito de danos causados à pessoa humana. O Tribunal Superior reconheceu que a morte de um nascituro pode causar danos (autônomos) aos pais, sem que isso signifique que tenha o nascituro transmitido a algum direito patrimonial. (FARIAS, 2015, p. 267).

Verticalizando os direitos do nascituro, reconhecendo a concessão dos direitos de personalidade desde a concepção, a proteção alcança de igual modo o nascituro que fora concebido, mas nascera sem vida. Titulariza este, desta maneira, os direitos de personalidade como imagem, nome e sepultura, de acordo com o que versa o Enunciado 1 da Jornada de Direito Civil.

Impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 4º e 5º, o dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público de assegurar à criança, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à convivência comunitária, dentre outros, punindo na forma da lei qualquer atestado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais. Há que se salientar que estas garantias se estendem ao nascituro, uma vez que “[...] a preservação de sua vida está na possibilidade de as gestantes serem vinculadas ao tratamento pré-natal e perinatal.” (MIRANDA, 2015, p. 147). Outrossim, garante o ECA no artigo 8º, §8º, que a gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e ao parto natural cuidadoso, direito estendido às gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como àquelas que se encontrem em situação de privação de liberdade (Art. 8º, §8º, ECA) (BRASIL, 1990).

Neste ínterim se assegura a equiparação dos direitos do nascituro aos direitos do embrião que se encontra viável para implementação em meio favorável ao seu desenvolvimento. Versa o Projeto de Lei (PL 478/2007) sobre o Estatuto do Nascituro, em seu artigo 2º, a equiparação de nascituro a embrião. Neste sentido:

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.
Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ‘in vitro’, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007).

Todavia, para além dos efeitos refletidos em esfera penal pela implementação do Estatuto do Nascituro, se entende equiparados aos nascituros os embriões viáveis, passíveis de completo desenvolvimento em meio favorável. São os embriões pré-implantatários (MIRANDA, 2015).

Tendo os embriões pré-implantatários condições de se desenvolverem em meio favorável (útero) e sendo portadores de carga genética própria (individualizados), há que se entender pela sua capacidade de direitos relativos à personalidade, à sua adoção.

Já discutida a filiação perante o uso das técnicas de reprodução assistida sejam elas homólogas ou heterólogas, os embriões criopreservados são filhos dos responsáveis legais por sua manutenção e não necessariamente por sua existência: a anuência do(a) parceiro(a) na reprodução assistida heteróloga gera filiação por presunção de lei (FARIAS, 2015); a doação de gametas não gera vínculos de filiação, como exposto no enunciado 111 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Sabendo a adoção atribuir ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-se de qualquer vínculo com os pais biológicos (DIAS, 2016) e sabendo ser o “[...] ato jurídico pelo qual a pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” (PEREIRA, 2014, p. 483), a adoção de embriões excedentários pré-implantatários se faz pertinente. Neste caso, como se salienta a necessidade de legislação competente à temática, não podendo o assunto ficar a cargo da Resolução n. 2.121/2015 do CFM, tampouco das discussões doutrinárias, se entende que os pais, ou mãe ou pai nos casos de pessoas solteiras, devam deixar consentimento tangente à adoção como se procede na Resolução n. 2.121/2015:

3 - No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (CFM, 2015).

Se adota sugestão dada pela autora Adriana Augusta Telles de Miranda para criação da “Lei da Adoção do Embrião”, qual seria “[...] medida protetiva para garantir a vida dos embriões excedentários viáveis, os quais poderão nascer e ser inseridos em uma família.” (MIRANDA, 2015, p. 158). Outrossim, se faz necessário cruzamento de dados referentes à adoção de modo a resguardar a origem genética do embrião, evitando que irmãos se relacionem para fins procriativos. Se sugere que a Lei abranja procedimento adequado para adoção, de forma a torná-la ato jurídico irretratável, o qual transfira a filiação ao receptor, não podendo os pais biológicos reclamarem a guarda ou qualquer direito sobre a criança. Em que pese o

conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente que preza legitimidade do Poder Judiciário para constituir o vínculo da adoção via sentença judicial a ser inscrita no registro civil mediante mandato; que estabelece estágio de convivência; inscrição no Cadastro Nacional de Adoção; processo de habilitação para adoção com preenchimento de questionário, se entende que a decisão e o procedimento para adoção não deverão ficar a cargo do Poder Judiciário com intuito de desburocratizar o processo de adoção de embriões excedentários e de equipará-lo ao uso de técnicas de reprodução assistida que não necessitam do aval judicial nem mesmo para o registro da criança¹³. Todavia, se entende que as clínicas devam manter registro e cruzamento de dados evitando a ocorrência de atração sexual geneticamente indesejável.

No curso do processo de habilitação para adoção, os pretendentes preenchem questionário sobre as condições que aceitam adotar a criança, bem como as características desejadas. Este procedimento consta no ECA e auxilia a equipe técnica a escolher uma criança com as características desejadas pelos futuros pais. Tal procedimento se assemelha ao adotado nas TRA como consta descrito na Resolução n. 2.121/2015, no qual:

[...] A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora. (CFM, 2015).

Se ressalta que a escolha de características deve se limitar às fenotípicas e não às genotípicas, cabendo a escolha ao médico assistente, sob risco de se esbarrar na hipótese de criação de um “cardápio” de doadores ao dispor dos interessados. Defende Flávio Tartuce que a escolha não deva ser feita em relação ao material genético do doador, sob o risco da pretensão de se criar um ser humano próximo à perfeição (TARTUCE, 2015, p. 386). Todavia, se entende que tanto as escolhas genotípicas quanto as fenotípicas incorrem na possibilidade de se pretender, ainda que de maneira não planejada, gerar um ser humano perfeito, seja pela escolha da altura, da cor dos olhos e dos cabelos, seja pelas características genéticas tangentes às aptidões físicas, propensão a doenças e inteligência, por exemplo. Esta prática se assemelha à eugenia moderna, à criação de seres humanos perfeitos, que se sobressaíam à sua espécie. Neste sentido, assevera Tartuce:

Este fato revela intenção de inseminar mulheres com caracteres proeminentes, supondo que se logrará o nascimento de crianças dotadas de capacidades físicas intelectuais superiores ao normal, indicando a volta das experiências eugênicas e racistas, com o escopo de ‘melhorar’ os padrões da espécie humana, apresentando-se, como diz Roberto Pereira Lira, como uma prática revivida do nacional-socialismode

¹³ Neste sentido, a Corregedoria Nacional de Justiça publicou o Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, que regulamenta a emissão de certidão de nascimento dos filhos cujos pais optaram por técnicas de reprodução assistida, como a *fertilização in vitro* e a gestação por substituição, mais conhecida como “barriga de aluguel”. (CNJ, 2016).

Hitler, inspirado na teoria de Gobineau, propugnando a pureza da raça ariana. (O estado..., 2002, p. 499) (TARTUCE apud MIRANDA, 2015, p. 163).

A prática eugenista moderna, para além dos ideais e práticas nazistas que prezavam pela pureza da raça ariana, se perpetua tanto na sociedade de consumo, quanto na evolução social, se refletindo no desprendimento dos valores humanos, fato atribuído à crise da razão evidenciada na crise do indivíduo. A razão, irracional e embrutecida, se encontra reduzida a um tecnicismo extrapolador, escondendo do ser humano, sua própria concepção de humanidade (LEITE, 2013).

Como que numa tentativa ética de não pré-selecionar a espécie humana, vale ressaltar que a Resolução 2121/2015 do CFM assevera que

As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer. (CFM, 2015).

Em casos de necessidade de evitar doenças de cunho genético que possam acometer o fruto da TRA, é utilizado o Diagnóstico pré-implantacional, técnica que permite, como trabalhado no início deste capítulo, escolha do embrião que não possua carga genética propensa ao desenvolvimento de doença de origem genética já presente na família.

Ante todo o exposto, em que pese a constante evolução do direito das famílias no que tange às mais diversas formas de se relacionar e constituir uma família, se conclui pela viabilidade de adoção do nascituro, bem como pela adoção de embriões excedentários alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, como o direito à vida do embrião e o direito à maternidade/paternidade e filiação.

2.7 Homoafetividade

A homossexualidade sempre existiu. Da história da antiguidade se depreende a aceitação e o próprio enaltecimento e glorificação das relações entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2015b). A origem é desconhecida, e não se encontra necessidade de sua precisão, uma vez que não há que se aludir ao começo de um “problema” a ser estudado e arraigado da sociedade, mas há sim que ressaltar a união de pessoas do mesmo sexo como prova racional da quebra dos paradigmas patriarcais da família heterossexual cristã.

Nas sociedades primitivas era comum a prática homossexual entre um homem maduro e um adolescente como forma de transmissão de conhecimento do homem para seu aprendiz e

como forma de introdução à masculinidade, fato que também lhe proporcionava maior habilidade e maturidade sexual. Era, baseada na crença antiga, a maneira como o homem atingiria a fertilidade (VECCHIATTI, 2012).

Ocorre que, graças à grande influência religiosa na estrutura familiar exercendo com ela uma relação de elevada simbiose, o repúdio à não procriação precedeu a não aceitação das relações homoafetivas.

A ordem máxima religiosa do “crescei e multiplicai-vos” não encontra, na relação homoafetiva, razão de existir, fato que culminou no único reconhecimento das famílias seladas pela bênção do matrimônio: as heterossexuais. Não obstante, as igrejas Católica e Protestantes ainda hoje proíbem o uso de todo e qualquer método contraceptivo, permitindo, todavia, o uso da “tabelinha” por não ser um fator físico a culminar na não fecundação. Há, sobremaneira, a possibilidade de anulação do casamento que não se consumou, firmando o contrato existencial na ordem procriativa.

Para a máxima do resguardo da família sacralizada matrimonial, não havia o porquê de se tratar de assuntos tais quais sexo e homossexualidade, haja visto o intuito meramente procriativo que acometia as relações sexuais e a denotação diabólica que se dava às pessoas que se sentiam atraídas pelo mesmo sexo.

Sempre houve a tentativa de engessar o exercício da sexualidade ao casamento. Sua manutenção tinha acentuada finalidade patrimonial: permitir a identidade dos elos de consanguinidade de assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos sucessores legítimos do *pater familiae*. (DIAS, 2015b, p. 84).

Não obstante a intenção de ordem sucessória legítima, a prática sexual fora do casamento (ao menos para as mulheres), era proibida, fato que contribuiu para a ascensão do dogma da virgindade feminina, incentivando a liberdade sexual masculina, de certa forma invejável à época.

O estigma do padrão de família heterossexual fértil perseguiu (e ainda persegue) a humanidade, fato que não deveria ignorar a existência de 60 mil famílias formadas por pessoas do mesmo sexo no Brasil. Estes dados do último censo realizado aludem à evolução nos modelos familiares e à ascensão da racionalidade moderna em detrimento do arcaico padrão medieval.

Realmente não fora ignorado o fato da grande incidência de famílias homoafetivas no Brasil, o que culminou no julgamento da (ADI) 4277 em consonância com a (ADPF) 132 resultante na aprovação da união estável de casais homoafetivos. Neste sentido:

[...] no julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF 132 e da ADI 4.277, nos dias 4 e 5 de maio de 2011, nossa Suprema Corte reconheceu que a união homoafetiva é uma entidade familiar e, portanto, merecedora de proteção do regime jurídico da união estável, na qual é reconhecida a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva (até porque as ações pediam a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas que atendam aos requisitos legais da publicidade, continuidade, durabilidade e do intuito de constituir família). Com essa decisão, foi atribuída interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1.723 do CC/2002 ‘para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva’. (VECCHIATTI, 2012, p. 12).

No texto constitucional não há qualquer menção que favoreça a união heteroafetiva em detrimento da homoafetiva, tampouco que dê parâmetros comparativos e tendentes à exclusão. A letra da lei se refere, inclusive, à família monoparental, fato que dispensa a necessidade de um par andrógino (homem e mulher) para a formação única da família heteroafetiva, uma vez que não pressupõe necessidade de duas pessoas diretamente participativas na criação dos filhos. Neste sentido, é a constatação feita pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, que versa sobre a monoparentalidade nos seguintes termos:

Por esse mais largo espectro de inteligência da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil (‘O casamento é civil e gratuita a sua celebração’, conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de ‘entidade familiar’ é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como ‘união estável’ (‘Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de ‘família monoparental’, que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: ‘Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º)’. (STF, 2008).

A ausência de lei expressa que defina a existência de famílias homoafetivas não é fator impeditivo para seu vigor, o que presumivelmente remete à conclusão de que o artigo 226 da Carta Magna é autoaplicável e se entende à todas as formas de famílias. (LÔBO, 2002). Outrossim, a Constituição não faz menção a legitimidade de somente um tipo de família, tampouco ao gênero de seus membros, o que faz com que a norma ampla não possa restringir seu alcance a situações e tipos comuns de maneira a causar restrição de direitos subjetivos.

A dignidade da pessoa humana elevada a princípio, para Ingo Sarlet, traduz a qualidade inerente de ser humano enquanto sujeito detentor de dignidade, sendo este o valor que o define enquanto ser vivo titular de direitos e deveres. (SARLET, 2014). Em outras palavras, a garantia de direitos está diretamente ligada à dignidade, que é inata, pertence ao homem enquanto

sujeitos de direitos. De toda sorte, da definição exposta há que se concluir não haver distinção entre indivíduos por sua razão de ser, pensar, se vestir e se relacionar. Se a inerência da dignidade está no fato de simplesmente haver vida, não há que se pensar em diferenças tangentes ao gênero, à raça, à religião e à opção sexual. Não há, portanto, óbice à união estável homoafetiva, não devendo haver também ao casamento homoafetivo.

Para delinear o pluralismo de formas que a família assumiu na realidade do mundo atual e legitimar a dignidade da pessoa humana como princípio inerente a todos os seres vivos, emprestou-se juridicidade ao vínculo afetivo que enlaça as pessoas. Esse é o único elo capaz de gerar consequências de ordem pessoal e patrimonial (DIAS, 2010a).

Outrossim, para além de cair no relativismo e no fixismo do conceito de dignidade da pessoa humana que, assim como a sociedade, está em constante processo de valoração agindo através do direito como meio de seu reconhecimento, não há que aplicar definição terminantemente absoluta para que não recaia sobre ela o fardo da violação tão comum no que tange à sua abrangência. Desta feita:

Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Affonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos) ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. (SARLET, 2014, p. 44).

Há que se entender, todavia, que a margem de abrangência que a dignidade da pessoa humana proporciona, para além da intenção de esvaziá-la ou a ela traçar relativismo à decisão judicial, se faz pertinente a extração da igualdade de direitos e deveres culminada na democratização dos sentimentos pela viabilização do afeto, bem como, concretamente, se faz pertinente aludir à união estável homoafetiva.

Não obstante o que restara demonstrado, se intenta alçar discussões ainda mais condizentes com a temática abordada e traçar novos rumos da ética baseada na evolução moral do homem que, embora racional, se desvencilha da razão Kantiana antropocêntrica e se traduz como ser pertencente ao meio diversificado, no qual é apenas mais um sujeito de direitos, como o são os animais e o meio ambiente. Neste sentido:

[...] A pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua principal diferença) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor); c) com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1 – respeito à integridade

física e psíquica das pessoas; 2 – consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3 – respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. (AZEVEDO, 2002, p.19).

Situado enquanto ser social herdeiro da dignidade e regido pela ética racional desvencilhada do egoísmo kantiano para com a razão antropocêntrica, ao homem é permitido olhar para as demais relações amorosas que estão à sua volta e, a exemplo evolutivo, respeitá-las.

Ademais, Ingo Sarlet confirma o compromisso estatal para com a dignidade da pessoa humana na pessoa de todos os seus detentores. A este respeito, entende o autor que a dignidade humana é tanto um limite para a atuação estatal, fato que lhe impede a invasão, quanto um dever prestacional que legitima o Estado a tomar quaisquer medidas necessárias para garantir que as pessoas tenham sua dignidade respeitada como um todo, por todos. (SARLET, 2014). Nas palavras do autor:

[...] recolhendo aqui a lição de Podlech, poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade). (SARLET, 2014, p. 46-48).

O compromisso do Estado para com o cidadão se apresenta na primazia da dignidade da pessoa humana consubstanciada nos princípios de igualdade e liberdade presentes no artigo 5º da Constituição Federal. Devido à abrangência do texto constitucional a todo e qualquer cidadão, é vedada toda forma de discriminação concernente à raça, sexo, religião, opção sexual, o que quer dizer que: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”* (DIAS, 2015c, p. 273)

Concretização do que se entende por prestação estatal tangente à dignidade da pessoa humana se denota do julgamento da (ADI) 4277 em consonância com a (ADPF) 132, que para além do clássico reconhecimento da união estável homoafetiva, estendeu o olhar pormenorizado à clandestinidade na qual viviam os casais homoafetivos. Outrossim, anteriormente ao emblemático julgamento, a Lei Maria da Penha proporcionou considerável avanço no que concerne à família formada pelas relações de afeto, seja qual for a identidade de gênero de seus componentes. A saber, em seu texto, alude aos direitos fundamentais à pessoa

humana em sua abrangência independente da orientação sexual da mulher, bem como reitera no artigo 5º, que as situações que configuram violência doméstica e familiar independem da orientação sexual dos envolvidos. Precursoramente, em nível infraconstitucional, foi consagrada a máxima de que família não necessita da previsão legislativa no que concerne à sua constituição, perpetuando o fato de que a vontade e afinidade de seus membros torna consolidados os laços familiares. “A entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto.” (DIAS, 2015c, p. 277).

Ocorre que os avanços jurisprudenciais relativos à união homoafetiva datam de muito antes de 2011, ano do julgamento da (ADI)4277 e da (ADPF 132). Diante da omissão do legislador em relação à homoafetividade pertinente ao intuito de formação familiar e da expressa proibição à omissão jurisdicional, a supressão lacunar se dá por intermédio da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual, em seu corpo textual prevê que quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Estes elementos por si só traduzem o olhar do poder judiciário para o que acontece de novo ao seu redor e para o entendimento das necessidades sociais que a legislação ainda não acompanhara. Ademais, o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) alude, complementarmente, à indicação do rumo decisório do juiz, que deve se voltar aos fins sociais a que a lei se dirige, e às exigências do bem comum. A decisão, analisada axiologicamente, deve se desprender de valores retrógrados e conservadores existentes anteriormente ao caso que deu origem ao julgamento e cuja matéria é desconhecida ao legislador.

Em 2000, foi tomada uma das primeiras decisões judiciais visando o reconhecimento de união homoafetiva e garantindo o direito de herança do parceiro. Neste sentido:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 598362655. Oitava câmara cível. Rel des. José S. Trindade TJRS 01.03.2000).

A quebra de sólidos medievais exemplificada neste trabalho pela Revolução Francesa concretiza as expectativas populares sobre os órgãos responsáveis pela contraprestação de

garantias e se reflete na lentidão legislativa acelerada pelo órgão judiciário, mesmo que esta não seja a sua função.

2.8 Adoção homoafetiva

Há uma realidade que muitos não querem enxergar, mas que existe desde sempre. Casais formados por pessoas do mesmo sexo tem filhos. (DIAS, 2016, p. 60).

Sobre a afirmação de que casais homoafetivos não se restringem à mera incompatibilidade biológica, considera Maria Berenice Dias que há inúmeras possibilidades da filiação homoparental ocorrer:

[...] filhos de um dos parceiros, nascidos de relações heterossexuais anteriores; quando um do par se habilita à adoção, ainda que a decisão de ter filhos tenha sido do casal; o uso das técnicas de reprodução assistida, expressamente autorizadas aos casais homoafetivos pelo Conselho Federal de Medicina. (DIAS, 2016, p. 60).

Mesmo que o filho seja somente de um dos parceiros ou que o registro da adoção tenha se dado unilateralmente, necessariamente o outro membro passará a exercer, na constância da convivência do lar, relação semelhante à posse de estado de pai ou mãe, configurando o afeto como elemento caracterizador da relação familiar. Mesmo que a adoção não ocorra de forma registral, se evidencia a filiação socioafetiva, para a qual depende única e exclusivamente existência dos laços de afeto e solidariedade ou, como citado anteriormente: “Quem se apresenta como filho, é assim tratado no âmbito da família e da sociedade, filho é! (DIAS, 2016, p. 49).

Para além da relação socioafetiva, é estabelecido vínculo de afinidade entre os membros da família homoparental, seja pela união ou pela adoção. O nexos familiar nitidamente se configura amparado pelos elos psicológicos construídos sob a existência do afeto e não somente pela força da lei. (GRISARD FILHO, 2010).

Exemplificando claramente a incorporação do afeto como elemento principal da estrutura familiar, a adoção traduz a concretude da desnecessidade do vínculo sanguíneo nas relações caracterizadoras da família. Exemplo disso é a certidão antiga de nascimento que, ao momento do novo registro, é jogada fora, fato que atribui ao adotado a condição de filho e ao(s) adotante(s) a condição de pai(s) ou mãe(s). Neste sentido reverbera Maria Berenice Dias:

A adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, sendo vedada qualquer designação discriminatória (CF 227, §6). Assim, não deve constar nenhuma observação no registro de nascimento do adotado sobre a origem da filiação (ECA 47 § 4.0). O registro anterior é cancelado. No novo registro deve constar, além do nome do adotante, também o de seus ascendentes (ECA 47, §1º). (DIAS, 2015c, p. 125).

Como restara demonstrado, a Constituição Federal de 1988 engendra conceito mais amplo de família, retirando do limbo da ilegitimidade as famílias formadas por uma só pessoa ou por membros não oficialmente casados, caracterizando-as mormente pelos vínculos afetivos presentes entre seus membros. Concretamente, a abertura à união estável e à família monoparental ensejou o reconhecimento das muitas formas de famílias podendo estas ser, inclusive, formadas somente por irmãos (famílias anaparentais), com filhos havidos por meio de técnicas de reprodução assistida (ectogenéticas), dentre muitas outras possibilidades que o afeto determinar, sendo preferível deixar o rol aberto, livre às mais diversas e novas formações.

Assim sendo, se reconhece família natural a que se forma pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, ou sobremaneira, a família que se estende para além do vínculo sanguíneo e também é conhecida por família ampliada. (TARTUCE, 2015).

Superado o dogma criado pela sociedade e absorvido pelo Direito de que a criança necessita da figura paterna e materna para se desenvolver com excelência; aberta a Constituição Federal e os Tribunais Superiores às mais diversas formações familiares; confirmado o afeto como pilar fundamental da estrutura familiar, há que se proceder ao alargamento das possibilidades de adoção. Assim sendo, “[...] como há várias formas de amar, também há muitas maneiras de adotar. Claro que o resultado é um só: o estabelecimento de um núcleo de convívio que assegura direitos e impõe obrigações de parte a parte.” (DIAS, 2016, p. 72).

Isto posto, urge ressaltar a abertura do estado de filiação que decorre do nascimento (fato) e de um ato jurídico (registro/adoção), seja ele de maneira individual, conjunta, anaparental, unilateral, homoparental ou homoafetiva, multiparental, de nascituros, de maiores de idade, ou póstuma. Todavia, de nada adianta ampliar os horizontes de possibilidades de adoção, se os entraves para sua concessão não forem quebrados. São eles vindos das mais diversas esferas: pais que desejam escolher os filhos caucasianos, menores de dois anos, sem irmãos e sem doenças/problemas familiares; ordem cronológica de habilitação; Cadastro Nacional de Adoção (CNA) que não permite busca ativa por pais. Assevera Maria Berenice Dias que:

[...] apesar de haver aparente preocupação para que crianças e adolescentes não fiquem sem um lar, os entraves para a concessão da adoção são tantos, e de tal ordem, que eles apodrecem dentro de verdadeiros depósitos. Além de inviabilizar a adoção, continua sendo privilegiado interesse dos adotantes. (DIAS, 2016, p. 67).

Ante o exposto e os elevados números de crianças que almejam um lar, para além de outro entrave, o da priorização da lei para permanência de crianças e adolescentes no âmbito da família ampliada, há que se evidenciar a possibilidade de adoção por famílias homoafetivas.

Estas se colocam à disposição para adotar garantindo um lar às crianças que por isso esperam resguardadas pelo princípio da igualdade e respeito à diferença. Sobre este princípio assevera Paulo Lôbo que “[...] nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do Direito de Família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares.” (LÔBO, 2015, p. 118). Juntamente com este princípio se estabelece o da liberdade e do pluralismo familiar que, para além do rígido e estático modelo patriarcal, admite o exercício da liberdade de seus membros. Neste sentido leciona Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2015, p. 118).

Em consonância com o que fora exposto, tendo a homoafetividade existido desde a antiguidade, “[...] a adoção de crianças por casais homossexuais nem precisaria ser tratada de modo destacado” (DIAS, 2016, p. 94), posto que, no limiar de sua impossibilidade, frente à viabilidade de adoção unilateral, este era o recurso utilizado. Preceitua o ECA a possibilidade da adoção poder ser feita por uma única pessoa, independentemente de seu estado civil (art. 42). Desta feita, se estabelecia com o outro parceiro, vínculo de socioafetividade que, atualmente, legitima a posse de estado de filho.

Uma vez que, a partir da autorização da união estável homoafetiva se depreende a liberdade de escolha sexual, considerando legítima a família homoafetiva, há que se reconhecer sua completude através da adoção, mesmo que seja por uma das partes. Todavia, há que se falar em legitimidade de ambos os parceiros homoafetivos no ato jurídico da adoção.

Em um primeiro momento, gays e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses pelo adotando. (DIAS, 2015c, p. 501).

Ocorre que a criança também tinha prejuízo em sua criação advinda da vivência em família homoafetiva mantendo vínculo adotivo com somente um adotante, podendo incorrer na irresponsabilidade de um dos pais para com o filho não registrado em seu nome, mas que pelo vínculo afetivo, também é seu.

Assim sendo, a partir do reconhecimento da união estável homoafetiva houve a possibilidade de reconhecimento de concessão da adoção a casais formados por pessoas do mesmo sexo. Deste “precedente” em diante, houveram significativas adoções homoafetivas autorizadas pelo poder Judiciário brasileiro, admitindo a dupla paternidade afetiva.

Neste sentido:

Menores. Adoção. União homoafetiva. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1.º da Lei 12.010/09 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia pelo direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência pelos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo pela estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação lática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento pela adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão pelos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfilhação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais elo que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. (STJ, REsp 889.852/RS, Rei. Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/04/2010). (STJ, 2010).

Assim sendo, se concretiza a autenticidade tanto afetiva quanto jurídica para adoção por casais homoafetivos. Outrossim, a legitimidade familiar que constituía característica jurídica essencial e limitadora sobre o que era lícito ou ilícito, sobre os limites da titularidade de direitos nas relações familiares e de parentesco, passou por processo de igualização pela Constituição Federal de 1988. Desta feita, se equipararam os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos. “A legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação.” (LÔBO, 2015, p. 115).

2.9 Adoção homoafetiva de embriões excedentários

Qualquer maneira de amor vale a pena, qualquer maneira de amor vale amar. (Milton Nascimento).

Tendo em vista a evolução do Direito das Famílias no que tange às novas formas de relações familiares sendo o afeto o elemento fundamental para a ascensão do respeito entre as pessoas, tendo estudado a possibilidade de adoção de embriões excedentários e tendo evidenciado a equiparação dos direitos homoafetivos aos dos casais heteroafetivos (diferenciação que nunca deveria ter ocorrido), se entende pela viabilidade da adoção homoafetiva de embriões excedentários.

Ao que pese as diretrizes da Resolução n. 2121/2015 do CFM no que concerne às TRA para casais homoafetivos, se propõe igual procedimento para adoção de embriões excedentários. Os casais homoafetivos formados por homens não que se valer da doação temporária de útero nos seguintes termos:

VII- SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 7 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 3 - Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável. (CFM, 2015).

Os casais homoafetivos compostos por mulheres facilmente resolverão a questão podendo uma das parceiras gestar o embrião. Posto que a gestação compartilhada prevê a utilização do gameta de uma parceira fecundado por espermatozoide doado e gestado no útero da outra, não se enquadra esta possibilidade para a adoção homoafetiva de embriões

excedentários. Nas palavras do Professor Doutor Eudes Quintino de Oliveira Júnior, a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina se concretiza da seguinte forma:

Foi além o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos ao regulamentar também a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, em que não exista infertilidade. Referido procedimento, que já vinha sendo realizado, ocorre no relacionamento gay feminino e consiste na implantação de um embrião gerado a partir do óvulo de uma das parceiras e a sua consequente transferência para o útero da outra. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015).

Não se entende caber a utilização do termo gestação compartilhada no que tange à hipótese de filiação de casal homoafetivo formado por mulheres. Como elucidado, para a concretização da gestação, basta que uma das parceiras a leve ao final, não havendo necessidade da utilização do material genético da outra. A gestação existe unilateralmente e não necessariamente precisa da participação do material genético da outra parceira que não se predispõe a engravidar;

Para esta forma de adoção (casais homoafetivos formados por mulheres), é necessário que uma das integrantes da relação não possua problemas de fertilidade, uma vez que se utilizará de seu útero para gestar, porém, a outra não necessitará ser fértil, pois não necessariamente será utilizado seu material genético nem seu útero.

Outrossim, para além do que já fora abrangido pela Resolução n. 2.121/2015, se propõe a possibilidade de casais homoafetivos formados por mulheres se valerem da doação temporária do útero, posto que casais homoafetivos formados por homens podem (e só tem esta possibilidade) se utilizar desta técnica, bem como os casais heteroafetivos também o fazem.

Diante da infertilidade de ambas as integrantes da relação homoafetiva, resta inviável a hipótese de gestação compartilhada. Há que se salientar, todavia, a necessidade de abertura no que concerne à gestação por substituição para casais homoafetivos formados por mulheres, uma vez que se deve prezar pela isonomia de maneira ampla e irrestrita. A restrição de gestação por substituição aos casais homoafetivos formados por mulheres fere a isonomia e esbarra na hipótese descabida de ambas terem que ser férteis para se valerem da gestação compartilhada como único meio reprodutivo cabível a elas.

Esta hipótese, bem como a possibilidade de adoção de embrião por casais homoafetivos de maneira ampla, se fundamenta no reconhecimento dos direitos reprodutivos como Direitos Humanos, na perspectiva de relações equitativas entre gêneros, na liberdade e na autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência (PIOVESAN, 2002).

Para tanto, se faz imprescindível o tratamento do ser humano de forma individualizada, em sua peculiaridade e particularidade, garantindo à mulher o pleno exercício de seus direitos civis e políticos, como também de seus direitos sociais, econômicos e culturais. Historicamente, a batalha travada pela equiparação entre os sexos, para visibilidade dos direitos das mulheres no que tange aos direitos reprodutivos, surtiu primeiros efeitos na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção conta hoje com 165 Estados-partes, o que inclui o Brasil, que a ratificou em 1984 (PIOVESAN, 2002).

Consta do seu artigo 12 que:

Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar. (BRASIL, 2002).

Assim sendo, cabe interpretação no sentido de garantir à mulher igualdade junto ao homem sobre liberdade de escolha quanto ao planejamento familiar, quanto à escolha do método que se deseja adotar para que se concretize a filiação. Sobre esta temática, assevera Flávia Piovesan:

Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Consagra-se o direito de mulheres e homens tomar decisões no campo da reprodução (o que compreende o direito de decidir livre e responsavelmente acerca da reprodução, do número de filhos e do intervalo entre seus nascimentos). Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não-interferência do Estado, pela não-discriminação, pela não-coerção e não-violência (dimensão típica dos direitos civis). (PIOVESAN, 2002).

Se asseguram desta maneira, não só pelo reconhecimento social e jurisprudencial da família homoafetiva, mas através de Convenções Internacionais, o direito de igualdade e isonomia perante às escolhas procriativas, tendo a Conferência do Cairo, em 1.994, reconhecido os direitos reprodutivos como direitos humanos. Em 1.995 as Conferências de Copenhague e de Pequim reafirmaram este entendimento. Neste sentido, caminhou a Constituição brasileira de 1988 que em seu artigo 226, parágrafo 7º, afirma o planejamento familiar como livre decisão do casal (o que se estende a todos os indivíduos, independentemente do estado civil), cabendo ao Estado proporcionar os recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, sendo vedada qualquer coerção. Ademais, fornece a Lei n. 9.263/96 (Lei do planejamento familiar), para o exercício do direito ao planejamento familiar, todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, de forma a garantir a liberdade de opção.

Neste ínterim, diante da equiparação dos direitos reprodutivos a direitos humanos, diante da ascensão dos novos modelos de famílias pautados no afeto como elemento estruturador devendo o Direito tutelá-los de forma ampla a buscar a equidade no tratamento como corolário da dignidade da pessoa humana, se defende o direito de casais homoafetivos se valerem da adoção de embriões excedentários. Se entende que os direitos reprodutivos outrora garantidos à mulher, como forma de extinção das desigualdades de gênero, devam ser estendidos a todos os indivíduos também como meio de alcançar a dignidade de forma ampla, abrangente e universal em consonância com as mudanças estruturais pelas quais passam a sociedade, as formas de relacionamento entre os seres humanos. Assevera Maria Berenice Dias que:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais. (DIAS, 2007, p. 192.).

As necessárias quebras de paradigmas, quebras de sólidos para transformação de líquidos consistentes, como se trabalhara anteriormente, buscam razão de persistir no clamor por mudanças, por avanços jurídico-legislativos que abranjam as mais diversas formas de se constituir uma família, de se exercer o direito à maternidade/paternidade. Rejeitar a adoção homoafetiva de embriões excedentários restringindo-a apenas a casais heteroafetivos, “[...] é afastar o princípio insculpido no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou de tipo.” (DIAS, 2007, p. 192).

Em que pese a defesa por legislação específica, que verse exclusivamente sobre a temática da adoção de embriões excedentários, roga por não se olvidar das relações homoafetivas, da sua existência e equiparação como garantia da dignidade da pessoa humana no âmbito da igualdade, do tratamento linear das relações afetivas. Assevera Maria Berenice Dias sobre a omissão legislativa em contraposição à legitimidade assumida pela prova concreta de existência que:

[...] o fato de não haver previsão legal, não significa inexistência de direito à tutela jurídica. [...] A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. (DIAS, 2007, p. 191).

Reconhecer a possibilidade de adoção de embriões excedentários de maneira ampla, é agir em consonância com a definição de Hannah Arendt sobre Direitos Humanos, para a qual não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. (ARENDT, 2012, p. 369). Em outras palavras, reconhecer a possibilidade de adoção de embriões excedentários por casais hétero e homoafetivos é uma forma de despir de sólidos conceitos pautados na imutabilidade das relações familiares, na existência unívoca do elemento genético como caracterizador da filiação, de conceitos prévios que dominam o ser humano comprometendo a reflexão crítica sobre o passado, impedindo libertação para o presente e futuro.

CAPÍTULO 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ESTATUTO DA ADOÇÃO

3.1 A dignidade da pessoa humana

Reflexo da organização jurídica contemporânea é sua inseparabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. São descabidas normas que não levem em consideração o respeito a este princípio, posto que é um “[...] princípio ético que paira, norteia e pressupõe vários outros, já que não é possível pensar em ser humano sem dignidade.” (PEREIRA, 2004, p. 67). Elemento norteador do Estado Democrático, a dignidade da pessoa humana é “[...] a fórmula jurídico-normativa que impede a mercantilização do homem, porque com ele o sistema de Direito absorve um conteúdo ético axiomático, que impõe o respeito à igualdade humana e à singularidade da pessoa como dado universalmente sujeito ao respeito de todos.” (ROCHA, 2016, p. 57). A afirmação do conteúdo ético frente ao Estado Democrático determina que sejam adotadas políticas públicas inclusivas para que o ser humano se afirme enquanto cidadão ativo no processo político-evolutivo, enquanto membro efetivo da sociedade na qual está inserido. É papel do Estado impedir qualquer tipo de exclusão, seja do homem em relação ao ambiente social de direitos fundamentais, à participação política livre, à atuação profissional respeitosa, ou à pacífica segurança pessoal e coletiva. Assim assevera Carmen Lúcia Antunes Rocha:

O Estado somente é democrático em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há verbo constitucional, não há verba governamental que se façam legítimos quando não se voltam ao atendimento daquele princípio. Não há verdade constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional” (ROCHA, 2016, p. 57).

Elevado ao patamar supremo pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana se traduz como princípio norteador de todas as relações jurídicas contemporâneas, atuando nos âmbitos de direito público e privado e se consolidando como fundamento primeiro da ordem constitucional sendo, portanto, o vértice do Estado de Direito. (CUNHA, 2002).

Interpreta Rodrigo da Cunha Pereira a dignidade como um macroprincípio, do qual derivam e no qual estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. Pode se afirmar que é contrário ao ordenamento jurídico brasileiro qualquer ato realizado que não leve em consideração a dignidade da pessoa humana, sob fundamento elencado no dispositivo constitucional, que se parelha à cidadania, à soberania, ao pluralismo político e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Significativo avanço na garantia de direitos se deve em

especial às lutas e conquistas políticas travadas ao longo dos anos associadas à ascensão racional, à quebra dos paradigmas estáticos presentes na sociedade, refletidos no desenvolvimento técnico-científico. A reflexão crítica sobre o significado antagônico de dignidade e indignidade culminou no que se pode chamar de direitos humanos. (PEREIRA, 2004).

Sobre a elevação do princípio em questão ao patamar de destaque constitucional, assevera Carmen Lúcia Antunes Rocha sua apreciável associação ao constitucionalismo contemporâneo de forma que dele não mais se pode desassociar, estabelecendo nova maneira de interpretação passando a dignidade de lugar principiológico a finalístico no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. (ROCHA, 2016, p. 72).

Assim sendo, a dignidade se afirma como característica inerente à condição humana, se fazendo tão perene e atual quanto durar a existência da vida, findando somente quando o homem renunciar à sua condição. Outrossim, assevera Ingo Sarlet que, justamente pelo fato de a dignidade ser considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano, é que o respeito e proteção à dignidade da pessoa (individual e coletivamente) se fundamentam como meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito (SARLET, 2014).

Figura o intento de meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito, posto que sua distribuição não ocorre de maneira uniforme e equânime, residindo somente na letra escrita da Constituição Federal, não encontrando, muitas vezes, “eco na *práxis*” (SARLET, 2014). Por este motivo, se concretiza a importância da previsão deste princípio no texto constitucional, muito embora este não possua, por si só, o poder de assegurar aplicabilidade e proteção, posto que grande é a demanda e pequenos os meios de eficácia. Sobre o nítido fracasso em se concretizar o que consta na legislação¹⁴, leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Não é novo, nem mesmo raro, que constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmo os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na América Latina, particularmente, tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua

¹⁴ É dito fracasso da garantia da dignidade, posto que, nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha: “No Brasil, esse princípio constitucionalmente expresso convive com subhomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies, produzidos por um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens.” (ROCHA, 2016, p. 3)

aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos. (ROCHA, 2016, p. 50).

Há que se propor reflexão quanto à lacuna que se fez entre a afirmação constitucional da dignidade enquanto princípio e seu efetivo significado, sua aplicabilidade e extensão, uma vez que na letra da lei ocorre sua descrição de maneira imperativa, porém não explicativa, causando a ausência de definição, margem para inúmeras interpretações. Acredita-se, para além do intuito de findar e limitar a discussão, que seja este, juntamente com o exposto por Carmen Lúcia, uns dos maiores problemas que acometem a inefetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais.

Definir dignidade da pessoa humana fazendo uso de moldes fixistas não parece condizente com a evolução histórico-social abordada neste trabalho, tampouco com o louvável esforço político e cultural para quebra de amarras e pré-conceitos estabelecidos por uma sociedade medieval (ou moderna), arraigada em sólidos valores patriarcais e religiosos. Abrir mão de enquadrar a dignidade da pessoa humana condizentemente com o momento histórico que se vive, é uma forma de “[...] harmonização e respeito ao pluralismo e à diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.” (SARLET, 2014, p. 41). Isto posto, se evidencia que o princípio em análise depende de uma ininterrupta delimitação pela *práxis*, vivenciada na constância da evolução das relações humanas.

Todavia, para justificar o presente raciocínio e apresentar lógica, mesmo que de maneira breve, ao que se tomou como ponto de partida para a reflexão acerca da dignidade, urge mencionar a contribuição de Immanuel Kant que alçou voos no que tange à secularização da dignidade, desvencilhando-a das amarras do pensamento sacralizado e atribuindo razão ao homem. Para o autor, é a racionalidade quem confere ao ser faculdade de agir segundo a representação de certas leis e se torna, assim, atributo da dignidade da natureza humana atrelado à autonomia da vontade. Assevera o autor que “[...] o homem encontra realmente em si uma faculdade, por meio da qual se distingue de todas as outras coisas sensíveis, até mesmo de si próprio, enquanto pode ser afetado por objetos, e esta faculdade é a razão.” (KANT, 2003, p. 43). No que tange à autonomia, esclarece o autor:

Mas o que nenhuma razão humana logrará jamais descobrir é a maneira como tal suposição seja possível. Supondo que a vontade de uma inteligência é livre, segue-se, como consequência inevitável, a autonomia da mesma, como sendo a única condição formal, mediante a qual ela pode ser determinada. Pressupor esta liberdade da vontade (sem cair em contradição com o princípio da necessidade natural da ligação dos

fenômenos do mundo sensível) não é só absolutamente possível (como a filosofia especulativa o pode mostrar), mas é igualmente necessário para um ser racional, que tem consciência de sua causalidade por meio da razão, portanto de uma vontade (distinta dos desejos) de admiti-la praticamente, isto é, em ideia, como condição de todas as suas ações voluntárias. (KANT, 2003 p. 49).

Assim sendo, Kant conclui que o homem, como todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, que:

A vontade é concebida como faculdade de se determinar a si mesma a agir conformemente à representação de certas leis. E tal faculdade só se pode encontrar num ser racional. Ora, o que serve à vontade de princípio subjetivo de determinação é o fim, e, se este é dado unicamente pela razão, deve valer igualmente para todos os seres racionais. (KANT, 2003, p. 37).

Sendo a dignidade atributo da razão, sendo esta, por sua vez, atributo do homem, sendo o homem um fim em si mesmo, alega Kant, sobre a supremacia da dignidade:

No reino dos fins tudo tem um PREÇO ou uma DIGNIDADE. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade. Tudo o que se refere às inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço de mercadoria; o que, embora não pressuponha uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, à satisfação que nos advém de um simples jogo, mesmo destituído de finalidade, de nossas faculdades intelectuais, tem um preço de sentimento; mas o que constitui a só condição capaz de fazer que alguma coisa seja um fim em si, isso não tem apenas simples valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, uma dignidade. (KANT, 2003, p. 32).

De acordo com o autor, precursor do conceito de dignidade atribuída ao ser humano, esta é característica intrínseca ao homem, posto que dotado de racionalidade, além de concretizar um fim em si mesmo. Entende Immanuel Kant estar a dignidade infinitamente acima de toda mercadoria, de toda coisa que tenha um preço, posto que a ela nada se equipara.

Figuram no pensamento Kantiano a doutrina jurídica mais expressiva e as bases de fundamentação do conceito de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2014), se elevando única e exclusivamente o homem ao patamar de ser merecedor do atributo da dignidade. Ocorre que, ao transferir este entendimento para a atualidade, há que se propor reflexão quanto à representatividade da biosfera e a importância assumida por todos os seres vivos do planeta em consonância com os direitos humanos de quarta geração. Assevera acertadamente Ingo Sarlet a este respeito:

[...] Assim, poder-se-á afirmar que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana, em função de sua racionalidade [...] ocupa lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção

da vida geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade. (SARLET, 2014, p. 37-38).

Todavia, colocando o ser humano como sujeito fim, a doutrina de Kant impele todo tipo de objetificação e instrumentalização quanto à sua dignidade, posto que ocupa lugar de intangível acesso. Sendo o homem o fim para alcance da dignidade, deve o Estado agir como meio, interlocutor para sua garantia. A inversão destes valores, no entendimento de Kant, tem um preço, que é inverso à dignidade.

Quando o Estado reduz o homem a meio – tal como se deu no nazismo ou como se dá nas diversas faces do fascismo ainda hoje tão melancolicamente praticado – o homem perde o respeito à sua dignidade, reduz a algo que se faz objeto de substituição, ao contrário da concepção democrática. (ROCHA, 2016, p. 56).

Assim sendo, quando um Estado opta por não agir democraticamente, se desvincula do compromisso de elevar a dignidade ao patamar de princípio pelo fato de o autoritarismo e o totalitarismo não condizerem com o conteúdo axiológico proposto pelo princípio. No entender de Carmen Lúcia Antunes Rocha, dignidade e democracia estão axiologicamente ligadas, posto que:

Sem dignidade não há democracia e sem esta todos os fundamentos constitucionais da organização política da sociedade brasileira são postos por terra e a Constituição, de Carta da Libertação torna-se Lei de Libertos, válida somente para quem esse estágio já atingiu, mas que os tornam cúmplices de todas as formas de indignidades contra todos os outros. (ROCHA, 2016, p. 57).

Fato é que não há como se olvidar da dignidade mesmo havendo conflito de definição, posto que esta existe antes mesmo de sua codificação pelo Estado democrático. Em Kant, como característica inerente ao homem, fruto da racionalidade, a dignidade precede, portanto, à sua normatização, atuando o Estado para sua garantia. Entretanto, poderá o Direito exercer papel protetivo e promocional deste princípio, não sendo de todo descabida a necessidade de definição jurídica, na medida em que atua como valor próprio da natureza do ser humano como tal (SARLET, 2014). Este pensamento se fundamenta no fato de a jurisdição constitucional ser provocada a intervir na solução de conflitos envolvendo dimensões da dignidade, não podendo recusar atuação, sendo compelida a proferir decisão. Não há, portanto, como renunciar compreensão ou mesmo definição jurídica de dignidade no que pese, à luz da imprescindibilidade de manifestação do poder judiciário, constituir consequências tanto jurídicas quanto sociais advindas da repercussão da decisão.

Inegável repercussão social tange à esfera da historicidade da dignidade da pessoa humana fundamentando sua importância histórico-cultural para se estabelecer parâmetros de atuação, haja visto reflexos positivos na maneira de se repensar o direito após o nazismo e as

grandes guerras mundiais. Atua, pois, a dignidade como limite pautado na condição autônoma da pessoa humana vinculada à ideia de autodeterminação no que concerne às decisões essenciais sobre a própria existência, e atua também como tarefa, no que pese a “necessidade de proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente - quando ausente a capacidade de autodeterminação (SARLET, 2014).

Referida incapacidade de autodeterminação se encontra nas crianças nascidas e despidas do poder familiar, bem como nos nascituros e embriões pré-implantatários, fato que legitima o Estado para atuar em seu favor, defendendo seus interesses e necessidades. Assevera Ingo Sarlet que:

[...] a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido). (SARLET, 2014, p. 49).

O Estado vincula as ações e políticas públicas por ser um meio fundado no fim, que é o homem, o qual se deverá “[...] respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.” (ROCHA, 2016, p. 54). Neste sentido, ainda que a dignidade preexistia ao Direito, dele depende para sua concretização tanto quando atua o Estado como meio para se assegurar a eficácia da norma fundamental, como quando o reconhecimento e a proteção valem como requisito indispensável para garantir legitimidade à dignidade.

Proposta dimensão ontológica por Kant, na qual o homem é um fim em si mesmo e merecedor da dignidade por consequência da racionalidade inerente a ele; proposta necessidade de conceituação jurídica para a qual dignidade tem por escopo o “[...] indivíduo (a pessoa humana), de forma a evitar a possibilidade de sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda humanidade ou na sua dimensão transindividual” (SARLET, 2014, p. 52); proposta dimensão histórico-cultural pautada no fruto do trabalho de gerações e da humanidade como um todo para promover proteção à dignidade; há que se evidenciar a dimensão comunitária que permite individual ou coletivamente, pautada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, entender que “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” (ONU, 2017). Todas estas dimensões consagram caráter multidimensional à dignidade da pessoa humana que, sob entendimento de Ingo Sarlet, é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2014, p. 60).

3.2 Dignidade da pessoa humana e garantia dos direitos fundamentais

Alçando posição de anterioridade aos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, optou o Constituinte por não incluir a dignidade da pessoa humana no rol de direitos e garantias fundamentais, elevando-a à condição de princípio (e valor) fundamental (art. I, inciso III, CF) (SARLET, 2014).

Sobre a definição de princípio, mais especificamente do princípio elencado no Título I da Constituição, leciona José Afonso da Silva:

A palavra *princípio* é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípios institutivos e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais no Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema. (SILVA, 2007, p. 91).

Esta elevação coloca a dignidade em patamar distinto dos direitos fundamentais, conduzindo ao raciocínio de que não há que se falar em direito fundamental à dignidade, mas sim tratá-la por princípio fundamental, o que acarreta, no entender de Ingo Sarlet, possível confusão. Ao fazer menção à dignidade como princípio fundamental, segundo o autor, há que se considerar o direito ao reconhecimento, ao respeito, à proteção, promoção e desenvolvimento da dignidade, cabendo menção ao direito de existência digna, de forma a não prejudicar outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa (SARLET, 2014). Isto posto há que se considerar o direito à dignidade como concessão, não cabendo seu enquadramento no rol dos direitos fundamentais. Explica Ingo Sarlet:

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alçando, portanto a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa constitui autêntico valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como

princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (SARLET, 2014, p. 68).

Neste sentido entende Rodrigo da Cunha Pereira que não por acaso a dignidade está elevada ao patamar de princípio constitucional, pois ela é acima de tudo um princípio ético cuja imprescindibilidade decorreu de sua afirmação histórica. Nas palavras do autor:

Na verdade, a dignidade da pessoa humana é mais que um direito, pois ela é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal, por isso é também um princípio geral do direito. Uma Carta de Direitos que não reconheça essa ideia ou que seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia. (PEREIRA, 2004, p. 70).

No que tange aos direitos fundamentais, elucida José Afonso da Silva sobre a dificuldade em se obter precisa definição, posto que a constante evolução histórica não permite ao homem ocupar por muito tempo o mesmo lugar social, comportamental e intelectual. Atribui o autor dificuldade também no que concerne às muitas maneiras de se fazer referência aos direitos fundamentais, tratando-os por direitos naturais; direitos humanos; direitos do homem; direitos individuais; direitos públicos subjetivos; liberdades fundamentais; liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2007).

De todas as nomenclaturas, reservadas suas importâncias e distinções terminológicas e conceituais, entende o autor supracitado, que a expressão direitos fundamentais do homem seja a mais apropriada, posto que trata de situações jurídicas que visam a proteção do ser humano, sem as quais a pessoa humana não se realiza. Em suas palavras:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana. (SILVA, 2007, p. 178).

Por conseguinte, leciona José Afonso da Silva que os direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas ou subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (SILVA, 2007).

Sobre este entendimento, de que os direitos fundamentais se concretizam em prol da dignidade, há que se evidenciar o desmembramento do princípio em relação ao direito, não se olvidando, contudo, de sua “consustancialidade parcial”. (TAVARES, 2004, p. 323).

O reconhecimento da condição normativa da dignidade elevada ao posto de princípio fundamental do Estado democrático de Direito reforça sua função frente a todo o ordenamento jurídico, lhe investindo de maior pretensão quanto à garantia da eficácia e da efetividade. Todavia, complementarmente, ocorre que, a dignidade da pessoa humana na:

[...] condição de valor fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (SARLET, 2014, p. 84-85).

Isto posto, a partir das lições de Kant, sendo a autonomia pressuposto da dignidade, se evidencia a liberdade que o ser humano possui sobre sua existência, lhe garantindo a condição de sujeito de direitos. Esta condição encontra razão de existir na ampla e universalabrangência da dignidade; porém não se sustenta isoladamente, necessitando da positivação dos direitos fundamentais inerentes à sua proteção como pressuposto e concretização da dignidade. Neste ínterim ascende o direito à personalidade como corolário da dignidade, sendo dela fruto e sem ela não existindo. Assim sendo, assevera o autor que:

[...] da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhando previsão de instrumentos jurídicos destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado. (PINTO, 2000, p. 151).

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet, ainda sobre a imprescindibilidade dos direitos fundamentais para garantia de obtenção da dignidade, a extensão sobre o direito geral da igualdade como princípio isonômico, que encontra fundamentação na Declaração Universal da ONU sob constatação de que todos os seres humanos são iguais em igualdade e direitos. Desta forma:

[...] constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas [...] toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material. (SARLET, 2014, p. 87).

Segundo entendimento de José Afonso da Silva, a definição de direitos humanos está contida no rol de direitos fundamentais, atribuindo-lhe caráter universal, posto que presente nos

documentos internacionais, além de caráter de imprescindibilidade, afirmando que não há direito que não seja humano ou do homem (SILVA, 2007).

Todavia, em que pese necessária aproximação entre direitos humanos e fundamentais, ambos se diferenciam, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, pela sua capacidade de abrangência. Enquanto os direitos humanos estão contidos nos documentos internacionais, embora se refiram ao homem de maneira geral, os direitos fundamentais se encontram positivados em Constituições locais, podendo atribuir-lhes caráter mais fragilizado, posto que dependem da vigência constitucional para existirem, ou seja, “[...] nascem e acabam com as Constituições.” Nas palavras do autor:

O critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo ‘direitos humanos’ se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito. (SARLET, 2014, p. 19).

Ante o exposto, consiste a maior diferença entre os termos, no plano de positivação de um e outro direito, não deixando os dois de serem intrinsecamente ligados, posto que a maioria das Constituições se pautou na Declaração Universal da ONU, de 1948. A diferenciação terminológica não significa necessária desconexão entre os termos, mas sim os toma por proporções cada vez mais próximas, interrelacionadas.

Outrossim, há que se ressaltar diferenciação no campo axiológico uma vez que, como elucidado por Ingo Sarlet, os direitos humanos ocupam lugar junto à concepção jusnaturalista, enquanto os direitos fundamentais guardam entendimento junto à doutrina juspositivista. Ocorre que diante desta diferenciação, “[...] os direitos humanos (como inerentes à dignidade) passam por processo de ‘fundamentalização’, ou seja, são transformados em fundamentais pelo modelo positivista, sendo incorporados ao direito positivo como elementos essenciais: é o processo de incorporação às Constituições.” Assevera o autor supracitado que somente diante do processo de “fundamentalização”, “[...] os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.” (SARLET, 2014, p. 20).

Sendo assim, mesmo elencadas algumas diferenças no que concerne aos direitos humanos e fundamentais, se asseguram aqueles como elementos contidos no ordenamento constitucional devendo somente, por orientação de Ingo Wolfgang Sarlet, para não existir equívoco, haver menção quanto ao prisma de análise: se no âmbito internacional, ou sob

dimensão constitucional positiva. Esta última pode ser substituída pela terminologia “direitos humanos fundamentais (SARLET, 2014).

Outrossim, para melhor fundamentar a estreita ligação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, se destaca a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro, de modo que este consagrou a ideia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet a este respeito, que:

Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente – de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados. (SARLET, 2014, p. 98-99).

Partindo para análise regida pelos direitos humanos fundamentais, há que se falar de sua imprescindibilidade para assegurar a dignidade encontrada no artigo 227, caput, da Constituição Federal, o qual esclarece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade.

O princípio da dignidade da pessoa humana se estende, como reflexo lógico, nas relações privadas, alcançando a aplicação e interpretação da lei civil. Fundamento jurídico para interpretação das regras constitucionais no campo do Direito Civil se extrai da teoria da interpretação, presente no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispositivo que, nas palavras de Adriana Augusta Telles de Miranda, regulando a aplicação das normas jurídicas, serve de porta de entrada para os valores constitucionais na legislação civil, ao determinar que, “[...] na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum.” (MIRANDA, 2015, p. 63).

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos humanos sobretudo os “fundamentalizados”, se pressupõem na interpretação do Direito das Famílias, na proteção à multiplicação das entidades familiares alicerçadas no “[...] afeto, na solidariedade, na união, no respeito, na confiança, no amor, no projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas” (DIAS, 2015b, p. 45), na garantia de vida digna e igualdade de direitos à criança, ao adolescente e ao jovem. Neste sentido assevera Maria Berenice Dias:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual

dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. (DIAS, 2015b, p. 45).

Como desdobramento do raciocínio elencado acima, se entende pela abrangência que se ancora na multiparentalidade, no melhor interesse da criança e do adolescente, na pluralidade das formas de família, na igualdade e na afetividade para garantia do exposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no artigo 3º, para o qual:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Ocorre que nem todas as crianças e adolescentes gozam de vida digna e convivência familiar saudável¹⁵, muito embora tenham garantidos no ordenamento jurídico e na legislação internacional o direito à convivência familiar, à vida digna e oportunidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade, além de isonomia. Sendo estes direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, há que se evidenciar deficiência em sua prestação de forma equânime e eficaz. Nesta seara se enquadram os menores que não dispõem de convivência familiar e aguardam adoção.

3.3 Direitos fundamentais e eficácia frente o estatuto da criança e do adolescente

Para além de abordar as muitas lacunas existentes entre a teoria dos direitos fundamentais, sua aplicabilidade, vigência, eficácia e efetividade nas diversas searas em que atua, o presente tópico se fixará na inefetividade dos direitos fundamentais voltados às crianças e adolescentes. Estão eles elencados no artigo 227 da Constituição Federal, tendo sido incorporada a doutrina da proteção integral¹⁶, que veda discriminação de qualquer natureza entre os filhos (havidos ou não na vigência do casamento) e concede absoluta prioridade aos menores de dezoito anos no que tange direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

¹⁵ Esta afirmação se justifica pelo número de crianças e adolescentes que foram acolhidos em abrigos no ano de 2016 no Brasil: foram, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, 47.082 em todos os Estados.

¹⁶ A título de esclarecimento, urge mencionar a convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1.989, que definiu as diretrizes da doutrina da proteção integral proclamando um conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, social e cultural, reconhecendo que criança e adolescente são sujeitos de direitos e considerando sua vulnerabilidade, posto que necessitam de cuidados e proteção especiais. Materialmente, se encontra no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 227 da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente, nos artigos 3 e 4.

lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, bem como garantia da dignidade. Também são colocados, os menores, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Art. 227, CF). (BRASIL, 1988).

A positivação destes direitos e garantias que devem ser assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade está no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que nas palavras de Maria Berenice Dias, é “[...] um microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito.” (DIAS, 2015b, p. 50). Regem o ECA os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável e da proteção integral, que tem por intuito conduzir de maneira responsável o menor à maioridade, lhe dando meios para se constituir sujeito da própria vida, usufruindo de forma plena dos seus direitos fundamentais. (DIAS, 2015b).

Integram os direitos e garantias expostos no ECA o rol de direitos fundamentais, posto que a partir da amplitude do princípio de dignidade da pessoa humana intimamente ligado à abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, passaram a compor outros direitos presentes em lugares da Constituição Federal, que não o artigo 5º. Neste ínterim se pode verificar extensão ao artigo 227 da CF, e sua abrangência pelo ECA.

Para alcançar a proposta de demonstrar (mesmo que de forma não abrangente, posto que não se intenta esgotar a temática) como o problema que tange à inefetividade dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes encontra razão de se solucionar na adoção, logra definir conceitos de ineficácia, inefetividade e vigência.

Se concretiza o maior desafio do ordenamento constitucional vigente, no que tange especificamente aos direitos fundamentais nele expostos, outorgar-lhes operatividade e eficácia como requisitos para sua efetividade.

Entendendo vigência e eficácia por conceitos distintos, José Afonso da Silva define vigência como qualidade da norma que lhe garante condições de existir no ordenamento jurídico, de tal sorte que se faz como requisito para alcance da eficácia, posto que somente a norma que entrou em vigor pode ter eficácia (SILVA, 2007). Obsta, outrossim, com intuito de não incidir em superficialidade, ressaltar diferença quanto à vigência e validade da norma, sobre a qual entende Luís Roberto Barroso ser validade a adequação do ato normativo ao ordenamento jurídico no que diz respeito à forma, competência, licitude e possibilidade do objeto. (BARROSO, 1996). Uma norma pode entrar em vigor e consequentemente existir independentemente de sua validade. (SARLET, 2014).

Há que se estabelecer conceituação de eficácia jurídica que nos dizeres de José Afonso da Silva:

[...] designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade. (SILVA, 2007, p. 55-56).

Entende, outrossim, Luís Roberto Barroso que:

[...] a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1996, p. 83).

Posto que a eficácia social da norma se refere à sua real obediência e aplicação no plano dos fatos (SARLET, 2014), não se pode verificar nítida diferenciação, mas sim complementariedade. Neste sentido explana José Afonso da Silva:

[...] eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos. (SILVA, 2007, p. 49-50).

Isto posto, cabe considerar, em acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, que a norma eficaz é sempre aplicável, posto que conexos os fenômenos, porém poderá não ser aplicada, incorrendo na possibilidade de não alcançar eficácia social ou efetividade. (SARLET, 2014).

Trazendo esta reflexão para os direitos fundamentais dos quais são titulares crianças e adolescentes, urge evidenciar a aplicabilidade do disposto no ECA. Haja visto o elevado número de crianças que se encontram aquém da convivência familiar e da vida digna, apartados das possibilidades para devido desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, distantes das condições de liberdade e de dignidade, se encontra no instituto da adoção uma possibilidade de se buscar eficácia social.

Esta possibilidade se concretiza de acordo com os dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual no Brasil existem 7 mil crianças e adolescentes aptos para a adoção em abrigos e 40 mil famílias que buscam um filho para adotar. De acordo com os dados fornecidos pelo Senado Federal, são quase seis famílias para cada menor que se encontra disponível para adoção. (COÊLHO, 2017).

Posto que a adoção tem como objetivo basilar garantir uma família à criança que por alguma razão não pode permanecer no seio de sua família biológica; posto que “[...] atende à necessidade de crianças e adolescentes de terem pais e à de adultos de serem pais” (DIAS, 2016,

p. 71-72); posto que o rompimento do vínculo parental se opõe à dignidade e aos direitos fundamentais da solidariedade e da isonomia; posto que gera vínculo jurídico de filiação e paternidade, atribuindo ao adotado a condição de filho para todos os efeitos; posto que o princípio da afetividade se estabeleceu na doutrina e jurisprudência brasileiras se consagrando como alicerce das relações familiares; a adoção se presta à consecução do princípio da dignidade da pessoa humana resguardado pela extensão aos menores titulares de direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal e no ECA.

Outrossim, se tem na adoção a garantia à convivência familiar, que é dever da família, da sociedade e do Estado e se materializa na proximidade afetiva dos integrantes, de modo a perpetuar sua importância para a formação do menor enquanto pessoa dotada de valores e princípios pautados no convívio respeitoso e afetivo que a família proporciona. Ademais, integra a convivência familiar o rol de direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente. Sobre o papel fundamental da convivência familiar enquanto garantia de direitos e geradora de deveres, entende Maria Berenice Dias:

É direito porque pode ser exercido contra quem o obsta, seja o Estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família. É dever porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como um todo, ou ainda, a sociedade e o Estado. É dever de prestação de fazer ou obrigação de fazer. (DIAS, 2016, p. 192).

Sobre o rumo atual que toma o instituto da adoção e sua obrigação para com a garantia de direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, se entende que:

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em ‘ter pena’ de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para a solidão. O que se pretende com a adoção é atender às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada. (GRANATO, 2009, p. 26).

Assegurar a efetividade do princípio da dignidade humana manifestado num direito de personalidade que é a filiação e consequentemente estendê-la aos direitos fundamentais que do estado de minoridade decorrem, não constitui um ato de benesse (MAIA; LIMA, 2011). O que se preza através da adoção é o melhor interesse da criança garantido por meio de sua inserção em um ambiente familiar sadio, é ouvi-la no processo quando possível, é buscar de maneira efetiva o seu bem-estar pautado no princípio da dignidade.

Outrossim, o acolhimento institucional ao qual são submetidos menores que foram destituídos do poder familiar, quando prolongado, os expõe a uma série de fatores que correm na contramão da proposta do princípio da dignidade humana. Assevera Maria Berenice Dias que:

Na institucionalização, as oportunidades para o desenvolvimento integral das crianças são poucas. De fato, a submissão a rotinas rigorosas, o convívio restrito às mesmas pessoas, a falta de vida em família, a fragilidade das trocas afetivas e ausência de cuidados personalizados e de atenção individualizada geram prejuízos que afetam o desenvolvimento global da criança. (DIAS, 2016, p. 66).

A exposição compulsória da criança (haja visto que não tem outra alternativa a não ser o acolhimento institucional) às condições acima mencionadas, geram reflexos comportamentais que contribuem ainda mais para o distanciamento social. Ainda nas palavras acertadas de Maria Berenice Dias:

Quando estão (os menores) institucionalizados há muitos anos, ficam mais propensos a desenvolver padrões de apego inseguro, agressividade, isolamento, sentimento de rejeição, baixa autoestima, ansiedade, depressão, devido à instabilidade e fragilidade das relações interpessoais construídas na instituição. (DIAS, 2016, p. 66).

Neste ínterim, se a adoção proporciona convivência harmoniosa no âmbito familiar através da inserção em família substituta; se garante, conseqüentemente o acesso a oportunidades para completo desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade; funciona como meio de solução para a eficácia social dos direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente.

Por outro lado, há famílias¹⁷ que nutrem o desejo de obter completude ante a filiação concretizada através da adoção. A elas também cabem direitos fundamentais relativos à maternidade (neste caso de exaltação do afeto como elemento principal das relações familiares e da quebra de paradigmas, estamentos solidificados no ordenamento jurídico brasileiro, também se compreende o direito fundamental à paternidade). São, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, 40.349 pretendentes cadastrados para adoção. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Ademais, a ineficiência destes direitos se firma ante a demora do processo de adoção e da expectativa de adoção frustrada a cada dia de espera (fato que será abordado adiante).

Em que pese a distinção entre eficácia social e jurídica, constituindo ambos aspectos distintos do mesmo fenômeno, uma vez que situadas em planos opostos (o do dever ser e o do efetivamente ser), se encontram, todavia, intimamente ligadas entre si, na medida em que fundamentam e são indispensáveis à realização integral do Direito (SARLET, 2014).

Sendo assim, tendo se justificado a adoção para garantia da eficácia dos direitos fundamentais tangentes aos menores resolvendo a lacuna entre sua vigência e efetivação, há

¹⁷ Se compreende na utilização do vocábulo “famílias” os mais diversos modelos familiares: os formados por uma só pessoa, por casais homoafetivos, por casais heteroafetivos, famílias ectogenéticas, plurais, mosaico, dentre outros expostos neste trabalho e os que futuramente surgirão.

que se aprofundar nas questões que atravancam o procedimento de adoção e outras tantas a ele relacionadas de modo a ser garantida dignidade de forma plena, equânime e eficaz para realização integral do Direito.

3.4 Estatuto da criança e do adolescente, lei nacional da adoção e adoção

Se tu vens, por exemplo, às quatro da tarde desde às três eu começarei a ser feliz!
(EXUPÉRY-SAINT, Antoine)

Para abordagem do Estatuto da Criança e do Adolescente, para além do apanhado histórico feito no segundo capítulo deste trabalho sobre o instituto da adoção e as muitas mudanças ocorridas no que tange à filiação, há que se mencionar ainda que de maneira sucinta, a Convenção dos Direitos da Criança, promulgada em 1989. Esta convenção adotou uma perspectiva abrangente no que tange à preocupação quanto ao bem-estar das crianças e foi adiante das primeiras declarações nesta seara (Declaração de Genebra de 1924 e Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959), que se concentravam nas necessidades de proteção durante o desenvolvimento da criança. Contém ainda, a Convenção de 1989, dispositivos que intentam pelo respeito à identidade da criança, autodeterminação, participação e manifestação destes seres humanos em formação. Com base no respeito pela dignidade humana, reconhece toda criança como detentora dos seus direitos humanos independentemente dos direitos dos pais ou de quaisquer outros adultos (IBDFAM, 2016a).

A história do ECA se inicia a partir do momento que o Brasil ratifica a Convenção, incorporando seu conteúdo através de promulgação pelo Decreto Executivo n. 99.710 de 21.11.1990. Neste contexto, entre a subscrição e aprovação da Convenção, surge em 13 de julho de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90.

Desta maneira, abordar o Estatuto da Criança e do Adolescente significa relembrar das conquistas sociais alcançadas no âmbito da igualdade de direitos, da representatividade e inimizabilidade do menor, cristalizado como sujeito de direitos, muitos direitos. Neste sentido, aduz à memória e importância do ECA, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, vice-presidente da Comissão da Infância e da Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família que:

Falar de 26 anos do ECA significa trazer à memória imensas mudanças de mentalidade no atendimento de meninas e meninos brasileiros que viveram tristes fases que se iniciaram com a completa indiferença, seguida da terrível repressão através de leis penais destinadas aos adultos e culminando em institucionalizações massificadas em razão da pobreza de suas famílias. Estas injustiças levaram à intensa luta popular política e social que fundaram os alicerces do direito da criança e que

foram fincados nos artigos 226, 227, 228 e 229 da Constituição Cidadã de 1988. Este repertório constitucional trata, sim, dos direitos infanto-juvenis, pois cuida da proteção do estado às várias espécies de famílias, da parentalidade responsável, dos deveres dos pais com relação aos filhos menores, da repressão à violência no seio familiar, da igualdade entre os filhos, da inimputabilidade das pessoas menores de 18 anos, dentre outros direitos fundamentais. O art. 227 é a fonte formal do direito infanto-juvenil brasileiro rompendo de vez com a doutrina da situação irregular que regia o ‘direito menorista’ vigente (Lei n. 6.697/79) e erigindo a criança e o adolescente como cidadãos, sujeitos de direitos fundamentais prioritários. Nesta norma – art. 227 - estão contidos os princípios da corresponsabilidade, da prioridade absoluta, da proteção integral e onde estão enumerados diversos direitos fundamentais auto executáveis. Passou-se, então, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, à era ou à fase da declaração dos direitos na qual a criança e o adolescente passam a exercer seus direitos perante sociedade, família e poder público. Surge no Brasil a Doutrina da Proteção Integral. Não mais roda dos expostos, destituições sumárias do ‘pátrio poder’, não mais um atendimento desumanizado de crianças pobres. O Brasil precisava de um ordenamento interno próprio que cuidasse de nossas crianças. (IBDFAM, 2016a)

Em que pese a significativa conquista de direitos juntamente com a mudança de consciência social ante o menor por intermédio do ECA, esta lei não tem razão de se fazer finda e imutável. Frente ao constante rearranjo de valores proposto pela organização social, o Direito e principalmente o ECA, necessitam acompanhar a evolução, os anseios pós-modernos refletidos na proteção do adolescente que trabalha, no aperfeiçoamento do instituto da adoção, na regulamentação do procedimento de acolhimento, na regulamentação do sistema de execução de medidas socioeducativas, na garantia de maior proteção às crianças vítimas de violência por seus responsáveis. Ademais, há que se evidenciar entraves que só na vivência e atuação diária se fazem notar, mas que, todavia, devem ser reparados, como a excessiva priorização da família extensa, o moroso processo de destituição do poder familiar que demanda quase que inesgotáveis citações dos detentores do poder familiar, a excessiva burocracia ante o Cadastro Nacional de Adoção.

Assumindo natureza de um “microsistema” com base principiológica autônoma, fundamentada no melhor interesse da criança e na doutrina de proteção integral, o ECA regula a adoção de crianças e adolescentes, enquanto o Código Civil regula a adoção de maiores de idade (CC 1.619). Diante das muitas garantias conquistadas ao longo dos anos e das legislações que abrangiam o instituto da adoção, se pode concluir que o ECA deu ensejo a “[...] toda uma mudança de concepção. Deixou-se de priorizar o interesse dos adotantes por um filho. Passou-se a reconhecer o primado do direito de crianças e adolescentes terem uma família.” (DIAS, 2016, p. 67).

Se extrai do ECA que a adoção é ato personalíssimo, uma vez que não pode ser feita via procuração; é irrevogável, haja visto que seus efeitos perduram definitivamente, não restando à família biológica possibilidade de retomada do poder familiar; e é incaducável, não

permitindo aos pais biológicos a retomada do poder familiar mediante morte dos pais adotivos (PEREIRA, 2016).

Afastado o intuito da adoção ser uma solução à infertilidade, bem como à necessidade de perpetuação do nome de família, a Constituição Federal de 1988 atua na garantia e igualdade de direitos refletidos no ECA, mais precisamente nos artigos 39 a 52.

Outra legislação insurgiu com intuito de melhor ou mais especificamente regular a adoção, como a Lei Nacional da Adoção (n. 12.010/2009). Esta Lei modifica diretamente o ECA e trouxe relevantes melhorias para o sistema da adoção, como a fixação de prazos para a permanência em unidades de acolhimento (abrigos), os cadastros nacionais e estaduais, a abordagem ao direito à paternidade científica ou biológica a ser exercido pelo adotado, assegurou direito à guarda compartilhada na hipótese da adoção ser concedida quando os candidatos já estejam separados (ECA, art.42, §5º). Entretanto, deixou de abordar temas importantes, como a adoção homoafetiva e a punição mais severa ao abandono dos filhos (IBDFAM, 2012).

A Lei Nacional de Adoção acabou por tornar mais rigoroso, lento e burocrático o procedimento legal para adoção. A adoção passa a ser a última alternativa dentre as opções de políticas públicas voltadas para a criança e para o adolescente, posto que a lei prioriza e incentiva a permanência dos menores no âmbito da família natural biológica, e a tentativa de encontrar algum parente que se responsabilize por ele pode demorar anos. A tendência a procurar “atalhos” ilegais e temerários se torna uma alternativa fácil (vide anexo). Tomando a opinião de Maria Berenice Dias:

A Lei de Adoção de 2009 apenas burocratiza e emperra o processo de adoção. O que também deveria ser revisto, tendo em vista que a demora no processo de adoção gera prejuízo para as crianças acolhidas, e para os adotantes que, desestimulados, acabam por procurar mecanismos informais de adoção (IBDFAM, 2012).

Em suma, haja visto que os muitos entraves enfrentados pela adoção no Brasil serão abordados mais adiante, roga, por hora, concluir que o ECA estabeleceu verdadeira revolução nos padrões éticos e legislativos de adoção no Brasil e no mundo¹⁸, trazendo os adotantes ao papel de intermediação que, ao terem intenção de adotar um menor, estão garantindo-lhe o princípio da dignidade que figura, nesta relação, como porta de entrada para concretização de direitos fundamentais como convivência familiar, oportunidades todas elencadas no artigo 3º

¹⁸ Sobre a influência do ECA nas legislações de outros países, entende a Juíza Mônica Labuto, titular da Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, através de entrevista concedida ao IBDFAM, que “O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei federal espetacular e reconhecida no mundo como um avanço legislativo. Vários países copiaram o nosso Estatuto.” (IBDFAM, 2016d).

do ECA¹⁹ e, mais importante de tudo, como portal para o conhecimento do amor, do afeto que envolve toda a relação familiar e estrutura a personalidade como trampolim para o futuro êxito pessoal e profissional.

3.5 O processo de adoção

“A adoção é o processo legal que consiste no ato de se tornar responsável e ter como filho uma criança ou jovem que possui outros pais biológicos.” (IBDFAM, 2017a).

O processo de adoção de menores, regulamentado pelo ECA, pode ser desmembrado e estudado sob duas óticas: a do menor e a dos pretendentes. Ambos passam por processos um tanto quanto burocráticos para habilitação.

A criança tem duas formas de chegar ao processo de adoção: via entrega espontânea, ou via processo de destituição do poder familiar. Quando espontaneamente entregue pelos pais, a criança imediatamente é cadastrada no Cadastro Nacional da Adoção (CNA) e aguardará adoção; quanto à criança que precisou ser destituída do poder familiar, quando todos os meios de inserção na família biológica e extensa²⁰ se esgotarem, então será cadastrada no CNA e aguardará adoção. Ocorre que este procedimento de destituição do poder familiar pode demandar um grande período de tempo, como assevera Sérgio Luiz Kreuz:

[...] produzidas provas, o juiz decide pela destituição do poder familiar ou não, no prazo de 120 dias (art. 163, ECA). A partir daí, cabe o recurso de apelação, ou seja, o processo segue para o Tribunal de Justiça do Estado, que poderá manter ou rever a decisão. Eventualmente, ainda cabe recurso ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Somente depois de esgotados os recursos, que poderão demorar anos, a criança ou o(a) adolescente estarão em condições de serem adotados. (KREUZ, 2016).

As crianças são recolhidas em instituições de acolhimento e lá aguardam por no máximo dois anos (ECA, 19, §2º), até que uma família as queira, devendo semestralmente ser feita reavaliação sobre a persistência da medida (ECA, 19, §1º), mas podem ficar (e ficam) mais do que este prazo. Sobre este aspecto, leciona Maria Berenice Dias:

O tempo em que ficam institucionalizados deve ser, no máximo de dois anos (ECA 19 §2º). Sempre é superior. Durante este período, ninguém tem acesso a eles. Ficam na expectativa de serem resgatados pelos pais. Não são. Depois tem a esperança de

¹⁹ ECA, “Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (BRASIL, 1990).

²⁰ Define o ECA no artigo 25 que família natural é a formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, enquanto também define o ECA no parágrafo único do artigo 25 que família extensa ou ampliada é formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente conviva ou mantenha vínculos de afeto ou afinidade. Outrossim, a inserção do menor em família substituta figura medida excepcional (ECA 19), que ocorre nas modalidades de guarda, tutela e adoção (ECA 28).

que algum parente os queira. Não querem. Então começa a esmaecer o sonho de ter um lar. A cada ano que passa, diminuem as possibilidades de serem adotados. (DIAS, 2016, p. 115).

No mesmo Cadastro Nacional de Adoção ficam cadastrados os pretendentes que passam por uma rigorosa avaliação: a habilitação. O processo de habilitação precede a permissão para ingressar ao CNA e se pauta no art. 197 do ECA.²¹

²¹ Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:

I - qualificação completa;

II - dados familiares;

III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;

IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;

V - comprovante de renda e domicílio;

VI - atestados de sanidade física e mental;

VII - certidão de antecedentes criminais;

VIII - certidão negativa de distribuição cível.

Art. 197-B. A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá:

I - apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei;

II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas;

III - requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

§ 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

§ 2º Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Art. 197-D. Certificada nos autos a conclusão da participação no programa referido no art. 197-C desta Lei, a autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, decidirá acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público e determinará a juntada do estudo psicossocial, designando, conforme o caso, audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Caso não sejam requeridas diligências, ou sendo essas indeferidas, a autoridade judiciária determinará a juntada do estudo psicossocial, abrindo a seguir vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo.

Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

§ 1º A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

§ 2º A recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida.

Cumprido todo o procedimento elencado, o(s) pretendente(s) passarão a constar no CNA e deverão aguardar até que se encontre uma criança que se enquadre no perfil traçado durante a entrevista técnica. Esclarece o site do Conselho Nacional de Justiça que no decorrer da entrevista técnica, o pretendente descreverá o perfil da criança desejada. É possível escolher o sexo, a faixa etária, o estado de saúde, os irmãos etc. Quando a criança tem irmãos, a lei prevê que o grupo não seja separado.

A habilitação nacional não tem prazo de validade, enquanto a internacional o possui (ECA, 52, §13). É concedido um ano para que vigore a habilitação para adoção internacional. Se a adoção não se findar neste período, os pretendentes deverão realizar nova habilitação. Outrossim, a lei é omissa nos casos de segunda adoção nacional. De acordo com Maria Berenice Dias, nos casos de segunda adoção nacional, “[...] depois da adoção de um filho, se os adotantes pretendem adotar mais uma criança, precisam começar tudo de novo” (DIAS, 2016, p. 125), pois a lei é omissa neste aspecto e este é o procedimento comum.

Em sequência, encontrada a criança compatível com o desejado pelos pretendentes, se inicia a aproximação entre eles, se estabelecendo forma de convivência: estágio de convivência (ECA, 46) que durará pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso. Findo o estágio de convivência, é “[...] quando o candidato formaliza o pedido de adoção. O candidato recebe o termo de guarda e responsabilidade, válido até a conclusão do processo de adoção, que se dará através do deferimento da sentença de adoção.” (COÊLHO, 2017).

A adoção é ato personalíssimo e a propositura da ação de adoção deve ser feita por quem já esteja habilitado, ou seja, por quem já esteja cadastrado no CNA. Quando já existente o vínculo de convivência ou quando provado que a adoção proporciona vantagens ao adotado, é possível a propositura da ação sem habilitação prévia. As exceções legais constam no artigo 50 do ECA e se restringem aos casos de: adoção unilateral, família extensa ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, não podendo ser constatada má-fé. Ademais, a adoção consentida pode ser proposta dispensando necessidade de advogado. Esta possibilidade tem previsão no artigo 166 do ECA e dispensa a prévia inscrição no CNA.

Durante o curso da propositura da ação de adoção, os adotandos ficam sob guarda provisória dos adotantes e se finda via sentença de natureza constitutiva que gera vínculo jurídico de filiação, ou seja, produz efeito a partir de seu trânsito em julgado (DIAS, 2016).

Em que pese a burocracia e mora do procedimento de adoção, os adotantes podem desistir do ato até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção (ECA, 166, §5º), ou seja,

mesmo havendo estágio de convivência e criada expectativa para adotandos, de terem um novo lar e uma família, podem os adotantes desistirem da adoção até o momento da sentença.

3.6 Entraves e consequências do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com o que restara demonstrado, o procedimento para adoção no Brasil demanda tempo de vida tanto dos adotantes quanto dos adotandos, elemento que se faz crucial quando se tem dados que comprovam a preferência por crianças de até cinco anos (Anexo). De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a porcentagem de casais que aceitam adotar crianças acima de cinco anos de idade cai muito significativamente de 13,75%, para 8,49%. Igualmente, o ápice do interesse se dá até os três anos, que alcança índice de 19,7%.

A morosidade do processo de adoção coloca em xeque o destino de crianças que passam da idade de preferência dos adotandos e caem no limbo das estatísticas do acolhimento institucional.

O entrave no processo de adoção se evidencia em etapas pelas quais necessariamente passam pais biológicos, adotandos e adotantes, seja antes de se chegar ao Poder Judiciário na difícil tomada de decisão de entregar o filho, seja no processo de entrega, na burocracia que demanda o preenchimento do Cadastro Nacional de Adoção, na demora para destituição do poder familiar tentando realocar o menor em família biológica ou ampliada, seja no estágio de convivência e a possibilidade de devolução da criança após passado tempo com a família e criado expectativas quanto ao novo lar. Todos estes aspectos um tanto quanto negativos e dificultadores do processo de adoção não coadunam com a garantia da dignidade, tampouco para garantia de direitos fundamentais que incidem na convivência familiar saudável, na geração de oportunidades para o bom desenvolvimento do menor.

Ademais, conforme já mencionado, de acordo com dados disponibilizados pelo CNJ, existem 40.349 pretendentes à adoção cadastrados, ao passo que existem 7.866 crianças cadastradas e disponíveis para adoção. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Claramente se evidencia lacuna na execução dos processos de adoção no Brasil, haja vista a discrepância do número de crianças disponíveis e de pretendentes. Soa ilógico saber que existem crianças sob acolhimento institucional diante do elevado número de pretendentes cadastrados que intentam adotar.

Também há que se evidenciar outro fato que interfere diretamente no processo de adoção servindo de entrave: segundo o CNJ, há 47.203 crianças e adolescentes acolhidos no Brasil, mas somente 7.866 estão disponíveis para adoção. (CONSELHO NACIONAL DE

JUSTIÇA, 2017). Outra lacuna se evidencia, mas incide na morosa destituição do poder familiar e mitiga aos menores a chance de obter direito à convivência familiar como ensejadora da dignidade que é direito constitucionalmente garantido, mas que não atinge quase quarenta mil crianças que se encontram sob acolhimento institucional à espera de família substituta, mas sequer se encontram “disponíveis” para serem adotadas. A este respeito, esclarece Silvana do Monte Moreira que o processo de destituição do poder familiar, que deve tramitar por cento e vinte dias, chega a durar até seis anos. Assim sendo, “É fácil identificar o porquê de existirem 46 mil crianças depositadas em abrigos: a ineficiência do Poder Judiciário e o fato de que o princípio constitucional da prioridade absoluta não é cumprido, o que faz com que as crianças e os adolescentes não recebam o devido valor.” (IBDFAM, 2017b).

3.6.1 A dificuldade da entrega

A dificuldade para entrega por parte de uma mãe que muitas vezes não conta com apoio familiar, figura o primeiro obstáculo da adoção no Brasil. Embora conste no ECA (art. 8º, §4º e 5º) a assistência psicológica à mãe que deseja entregar seu filho à adoção é o estigma social quem a condena, antes mesmo de sua acolhida a programas institucionais. A mulher que, em pleno puerpério, toma a decisão de entregar seu filho à adoção, carece de cuidados:

[...] merece ser consolada, esclarecida de que a entrega não é um ato de abandono. É ato de amor, é prova de cuidado. No entanto, as mulheres se tornam vítimas do mito do amor materno [...], que confere à mulher a faculdade natural de amar sem restrições e de cuidar da criança que concebeu sob quaisquer condições. (DIAS, 2016, p. 104).

Sobre a dor da entrega e o julgamento da mulher em relação a si mesma, entende Maria Berenice Dias: “Ora, não há mãe que deseja abrir mão do seu filho. Ela o entrega à adoção por absoluta necessidade econômica, familiar, profissional ou psicológica. É uma decisão das mais doloridas. E, o pior, não conta com a compreensão de ninguém.” (DIAS, 2016, p. 104).

Neste ínterim, a Lei de Proteção à Primeira Infância alterou o ECA com intuito de assegurar assistência psicológica às gestantes e mães que optem por entregar seus filhos à adoção (ECA 8º, §6º), devendo haver encaminhamento à Justiça da Infância e Juventude (ECA, 13, §1º). Todavia,

Ainda que a entrega judicial seja a escolha certa - ou melhor, a única opção – o excesso de burocracia expõe a mãe a reafirmar inúmeras vezes sua decisão, o que gera mais culpa e pode trazer severas sequelas psicológicas. Daí a importância em que se dê o merecido cuidado à decisão da mulher. Ela quer que o filho seja adotado, e não condenado a viver institucionalizado. Mas o excesso de zelo do Estado, muitas vezes, acaba impedindo a adoção. Ele cresceu no abrigo, sofreu reiteradas rejeições e ninguém mais o quer. (DIAS, 2016, p. 105).

Deixando de entregar o filho aos cuidados do poder judiciário, as mães optam por entregá-lo informalmente a quem melhor cuide ou, em atos extremos, abandoná-lo em rodovias (GLOBO.COM, 2017), ou simplesmente colocando-o em um saco de lixo. (GLOBO.COM, 2016). Deve o Estado assegurar proteção à maternidade e à infância como direitos sociais constitucionalmente reconhecidos pelo artigo 6º da Constituição Federal. A falta de incentivo ou a burocracia a que a mãe é exposta ao entregar o filho à adoção, figuram como barreira para garantia destes direitos e, sobremaneira, à dignidade.

Consequência do ato de abandono do menor é, após seu encontro, localizar a mãe para que se cumpra com o que figura no parágrafo primeiro do artigo 39 do ECA, para o qual a adoção é medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa. Ocorre que o cumprimento da norma desgasta ainda mais a mãe que já tomou medida extrema quanto ao seu filho e pode não contar com o apoio da família para sua criação. Este procedimento de tentativa de reinserção em família natural ou procura por família extensa²² demanda tempo devendo se atentar às famílias que anseiam por uma criança e estão dispostas a lhe proporcionar oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

3.6.2 Destituição do poder familiar e necessidade de inserção na família natural ou extensa

Figura, portanto, outro ponto de entrave no processo de adoção no Brasil, a morosa destituição do poder familiar que, devido à busca incessante para manutenção do menor em família natural ou extensa, acaba por mitigar-lhe acesso à família substituta que garanta os direitos a ele inerentes, direitos fundamentais.

Posto que a “habilitação” do menor para adoção se dá ou por entrega dos pais ao poder público ou por processo de destituição do poder familiar, há que se evidenciar outro entrave no processo de adoção:

Para que ocorra a entrega do filho à adoção, é necessário o consentimento da mãe e do pai (ECA, 45). Não vale manifestação feita por escrito se não for ratificado perante o juiz (ECA 166 §4º). Também o consentimento só pode ser manifestado depois do nascimento (ECA 166 §6º). (DIAS, 2016, p. 107).

²² Define o ECA no artigo 25 que família natural é a formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, enquanto também define o ECA no parágrafo único do artigo 25 que família extensa ou ampliada é formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente conviva ou mantenha vínculos de afeto ou afinidade. Outrossim, a inserção do menor em família substituta figura medida excepcional (ECA 19), que ocorre nas modalidades de guarda, tutela e adoção (ECA 28).

Assim sendo, os dois genitores devem manifestar interesse na entrega do filho perante o Juizado da Infância e Juventude, que dará abertura a um procedimento que contará com atendimento de equipe interprofissional para orientação (ECA 166, §2º), além de ser designada audiência na qual os genitores serão ouvidos na presença do magistrado, representante do Ministério Público e da Defensoria Pública, ou advogado. Urge ressaltar o disposto no artigo 166, §3º do ECA em que deverão ser esgotados todos os meios de inserção do menor na família natural ou extensa. Neste sentido, assevera o juiz da Vara da Infância e Juventude de Cascavel – PR, Sérgio Luiz Kreuz:

[...] a destituição ou a adoção só podem acontecer, por força de lei, quando ‘esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa’ (art. 39, 1.º, do ECA), expressão repetida por mais de 20 vezes no Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas o que significa ‘esgotar os recursos’? Quantas vezes devemos incluir a mãe dependente química em tratamentos? Por quantas vezes, quantos meses ou anos precisamos tentar ou esperar? Alguém sempre poderá dizer que ainda não foram esgotados todos os meios de manter a criança na família biológica ou extensa (tios, avós etc.). (KREUZ, 2016).

Tendo sido indicado algum membro da família que não manifeste interesse em ficar com o menor sob sua guarda, se procede à procura por algum membro da família extensa. Entende acertadamente Maria Berenice Dias sobre o recém-nascido e a falta de vínculos que comprovem o afeto e a afinidade para formação da família extensa:

Ora, um recém-nascido não tem uma família extensa. Não convive nem mantém vínculo de afinidade e afetividade com ninguém (ECA 25, parágrafo único). E, se alguém da sua família o quisesse, a mãe não procuraria a justiça para que o filho fosse disponibilizado à adoção. (DIAS, 2016, p. 107).

Toda esta burocracia cominada com a exposição dos genitores atravança a “habilitação” da criança e sua inserção em família substituta. Outrossim, há que se evidenciar o tempo demandado que para a criança que aguarda, acaba por se tornar um significativo inimigo.

Outro fator que tange à destituição do poder familiar é a demora na tramitação da ação, que é proposta pelo Ministério Público em face dos pais registraes e assume caráter de litisconsórcio necessário (CPC 114). O processo de destituição do poder familiar pode ocorrer por inúmeras razões e obedece o procedimento explicitado a partir do artigo 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). “O Estatuto prevê que sejam facultadas, pessoalmente e por intermédio de advogado, todas as oportunidades de defesa pessoal ou, quando não localizados, por meio da figura do Curador Especial, previsto no novo Código de Processo Civil” (IBDFAM, 2017a). Outrossim, citados os réus que muitas vezes se encontram em situação de rua ou de difícil acesso, para além do constrangimento de deporem perante autoridade judicial sobre o

“abandono” do filho, são representados, na maioria das vezes, pela Defensoria Pública. “Quando um ou outro não é encontrado, é necessária citação por edital e a nomeação de curador (CPC, 72 II)”. (DIAS, 2016). Toda esta sequência de atos acaba por demandar muito tempo, principalmente porque na instrução são realizadas novas provas (perícias e estudo psicossocial). O tempo para uma criança que se encontra institucionalizada, além de parecer uma eternidade, não contribui para que ela seja adotada, posto a preferência por menores de pouca idade. Neste sentido, cabe ressaltar reflexão de Maria Berenice Dias:

Do mesmo modo, só há inclusão no Cadastro depois do trânsito em julgado da sentença de destituição do poder familiar, o que impede que as crianças sejam colocadas em famílias substitutas. Quanto tempo se passou? Quantas chances a criança perdeu de ter um lar, de ter pais? (DIAS, 2016, p. 122).

3.6.3 Cadastro Nacional de Adoção

O objetivo dos cadastros é colocar a criança e o adolescente em família substituta demandando o menor tempo possível, a fim de evitar maiores consequências do recolhimento institucional e da ausência de convívio familiar. É respeitada a ordem em que os interessados se encontram no cadastro, bem como as especificações por eles feitas, que tangem à idade da criança, à etnia (branca, amarela, negra, parda ou indígena), às doenças (HIV, deficiência mental, deficiência física ou outras doenças), escolha do sexo, opção por adotar irmãos ou não.

Embora seja notável a tentativa de aceleração do processo de adoção garantindo ao menor, perspectiva de convivência familiar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, a morosidade seguida da burocracia, não o torna mais ágil, tampouco condiz com a mudança de perspectiva tangente à transformação de crianças e adolescentes em sujeitos de direitos. A imposição de características na tentativa de adequar a adoção ao perfil traçado pelos adotantes, acaba por desrespeitar o princípio elencado no ECA, art. 197- E²³, ao passo que se procura menores que se enquadrem nos perfis selecionados e não pais para crianças e adolescentes institucionalizados. Quem não se encaixa na demanda ou na preferência elencada nos gráficos disponibilizados pelo CNJ (Anexo), está fadado a permanecer institucionalizado, privado de direitos constitucionalmente garantidos, mas que é mitigado por força de escolha.

Da mesma maneira, as convocações respeitam ordem de habilitação, fato que ensejou intenção do legislador em evitar abusos, mas que culmina em risco para adoção, posto que não há certeza de que o habilitado que esteja há mais tempo na espera e conseqüentemente seja o

²³ ECA, “Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.” (BRASIL, 1990).

próximo para adotar, seja o mais indicado para a criança, tenha perfil que se encaixe ao do menor. Por não se levar em conta características pessoais do menor e do adotante, acaba esta medida por não dever ser imbuída de caráter fixista, sob pena de descumprimento do princípio constitucional de prevalência dos interesses da criança (KREUZ, 2012). Ademais, a pré-seleção de perfil dos menores enseja tempo para que seja localizado menor com as características elencadas, fato que culmina no aumento do tempo de institucionalização. “A cada ano que passa, diminui a esperança de ser adotado. Ou seja, a criança cresce institucionalizada, o que desatende ao comando constitucional que lhe assegura direito à convivência familiar.” (DIAS, 2016, p. 123).

3.6.4 Guarda provisória, sentença e devolução do adotado: criação e quebra de expectativas

A sentença que concede a adoção, como explana o artigo 47, §7º do ECA, é de natureza constitutiva, produzindo seus efeitos somente a partir do seu trânsito em julgado, com exceção da adoção póstuma, caso em que terá força retroativa à data do óbito do adotante.

Ocorre que a lacuna temporal entre o estágio de convivência e o trânsito em julgado da sentença permite que o menor seja devolvido ao acolhimento institucional. Neste período se pressupõe que tenha surgido na criança e no adolescente, expectativa de convivência familiar, de deixar definitivamente o “abrigo” em que se encontra acolhido. Se por algum motivo o convívio familiar restou infrutífero, não somente os menores sofrem com a quebra de expectativa, mas os adotantes também. Justifica Maria Berenice Dias que nem sempre os pais se encontram preparados para a testagem a que os adotandos os submetem, fato que se fundamenta no medo de nova rejeição (outra ou outras já ocorreram desde o ventre ou no processo de destituição do poder familiar). (DIAS, 2016).

Sendo assim, de maneira a melhor fundamentar o pensamento exposto, elucida acertadamente Nazir Hamad sobre as consequências do abandono em consonância com a rejeição pelos quais passaram os menores disponíveis para adoção. A partir deste contexto, se pode entender a comum agressividade com a qual as crianças tendem a tratar suas mães adotivas, como que numa tentativa, mesmo que inconsciente, de defesa do sofrimento psíquico. A tentativa de ocupar o lugar de primeiro objeto de amor demanda cuidado, acompanhamento psicológico com intuito de amenizar as lembranças angustiantes e dolorosas que o menor sentiu quando da rejeição ou separação (HAMAD, 2010).

Podendo então ser desfeita a adoção antes do trânsito em julgado da sentença constitutiva, ensejando como efeito principal da devolução do menor em processo de estágio de

convivência, os reflexos se direcionam no sentido oposto à tentativa de restabelecer a confiança outrora perdida. Os atos jurídicos tangem à vida e consequentemente aos sentimentos, fato que não deve ser olvidado no minucioso processo de designação de menores às famílias substitutas. Se conclui, portanto, que a escolha direcionada, que não leva somente em conta a posição no cadastro de adoção, conflui para a diminuição do número de devoluções de menores, posto que inegável a necessidade de empatia, identificação de ambas as partes.

Salvo raras exceções, como preleciona Maria Berenice Dias, “[...] a busca pela adoção está ligada ao luto decorrente da infertilidade.” (DIAS, 2016, p. 132). Justo seria se os reflexos psicológicos da adoção que prevê tampar a lacuna deixada pela infertilidade e frustração de gerar uma vida fossem acompanhados por profissionais especializados, evitando a devolução do menor a cada frustração ou a cada embate. No que tange à devolução de bebês e crianças em tenra idade, assevera a autora supracitada, que os índices quase não existem, fato que confronta com crianças maiores e grupos de irmãos, principalmente os realocados em famílias extensas que por um momento de responsabilidade familiar aceitam arcar com a criação do menor, mas que também o devolvem diante dos embates naturais do amadurecimento e formação de personalidade. (DIAS, 2016).

3.7 Soluções para acelerar o processo de adoção

Ante todos os entraves e dificuldades expostos; ante o tempo, algoz dos menores que passam da idade preferida para adoção; ante o compromisso estatal em garantir de maneira efetiva os direitos da criança e do adolescente refletidos nos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; é que urge a imediata revisão (revogação) da Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/2009) e de seus reflexos no ECA.

A proposição do anteprojeto do Estatuto da Adoção pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM) visa acelerar o processo de adoção brasileiro de forma a garantir os direitos fundamentais sem prejuízo da proteção integral. O anteprojeto se pauta no intuito de assegurar aos menores todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. É proposto que se retire a adoção do rol de abrangência do ECA, porém a mantendo lastreada nos mesmos princípios e conceitos produtivos, que se pautam no melhor interesse da criança e do adolescente. (IBDFAM, 2017b).

Outrossim, o anteprojeto se fundamenta no insucesso das alterações na Lei n. 12.012/2009, propostas via consulta pública lançada em 2016 pelo governo federal. Diante de

proposições que distorcem o apelo acelerador, a alteração sugerida via consulta pública se atém à necessidade de se esgotarem todos os meios possíveis de inclusão do menor em família biológica ou extensa²⁴, fato que logicamente inviabiliza e retarda a sua colocação em família substituta. Neste sentido, sobre a alteração proposta via consulta pública pelo governo federal, assevera Sérgio Luiz Kreuz, que:

Propagou-se, na mídia, a ideia de que o projeto viria para acelerar os processos de adoção. Não encontrei um único dispositivo nesse sentido. Pelo contrário, impõem-se mais garantias aos familiares biológicos, mais prazos, e o resultado será nulo, em termos de agilização dos processos de adoção. (KREUZ, 2016).

O anteprojeto proposto pelo IBDFAM, que caminha no sentido contrário das alterações oferecidas pelo anteprojeto de autoria do governo federal, propõe prazo de quinze dias para que crianças e adolescentes recolhidos sem pais e que não tenham sido reclamados pelo núcleo familiar ou pela família extensa, sejam entregues à guarda de quem está habilitado à adoção do seu perfil. Sugere ainda o projeto, que decorrido o período de convivência, e após o laudo favorável da equipe interdisciplinar, os adotantes disponham do prazo de quinze dias para propor a ação de adoção (art. 23).

Ainda no que tange ao anteprojeto do IBDFAM, caso haja possibilidade de reinserção no seio da família biológica se propõe acompanhamento por equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e do Adolescente, pelo prazo de noventa dias. Diante reconhecimento de que não houve adesão aos serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção, deverá a autoridade judiciária suspender a autoridade parental. Se propõe, em sequência, que dentro do prazo de quinze dias, o Ministério Público ou quem detenha legítimo interesse, promova ação desconstitutiva da parentalidade, que pode ser cumulada com a ação de adoção. A cumulação das ações visa a celeridade, além da economia processual.

Se no decorrer do processo de destituição do poder familiar houver interesse por parte da família extensa, propõe o anteprojeto do IBDFAM, que equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional deverá realizar estudo psicológico e social no prazo de quinze dias. Se identificada a possibilidade de concessão da guarda à família extensa, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional

²⁴ Dispõe o art. 92, II da proposta de alteração na Lei 12.012/2009 feita em 2016 pelo governo federal: “II- Integração em família substituta ou adotiva, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa, desde que presente o vínculo comprovado de afinidade e afetividade, ou quando a reintegração familiar se mostrar opção temerária, inviável, impossível ou mesmo desaconselhável para o bem-estar da criança ou adolescente, ouvida a equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude.” (PENSANDO O DIREITO, 2017).

deverá comunicar a autoridade judiciária imediatamente. Outrossim, sendo concedida a guarda à família extensa, será proporcionado acompanhamento pelo prazo de noventa dias.

Diante da constatação da impossibilidade de retorno à família biológica ou inserção na família extensa, propõe o anteprojeto do IBDFAM que em prazo não superior a 30 (trinta) dias, a equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional deva enviar relatório fundamentado à autoridade judicial, que suspenderá a autoridade parental, encaminhando a criança ou o adolescente a quem esteja habilitado a adotar aquele perfil. Assim sendo, será concedido prazo de quinze dias para que o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse, promova ação de destituição da autoridade parental, que pode ser cumulada com ação de adoção.

Estas são proposições apresentadas no anteprojeto do Estatuto da Adoção formulado pelo IBDFAM e que tangem a destituição do poder familiar e a inserção em família extensa ou substituta, de modo a evitar o prolongamento do acolhimento institucional. Todavia, há que se prezar pela qualidade da escolha que leve em consideração a identificação afetiva entre adotandos e adotantes de modo a evitar devolução do menor e frustração para ambas as partes, ainda que se demore mais tempo do que previsto no anteprojeto e não ultrapasse os limites do razoável (há que se considerar crianças que já passaram por um processo de rejeição familiar e talvez necessitem de mais tempo para adaptação). Outrossim, ante o atendimento especializado proposto, se faz necessária equipe disposta a trabalhar para que os prazos sejam efetiva e propriamente cumpridos (dentro do possível, diante de cada caso concreto), devendo haver sanção para seu não cumprimento injustificado.

Posto que a proposta do anteprojeto ainda se encontra distante de ser efetivamente implantada, há que se mencionar solução concreta adotada pelo Ministério Público de Sergipe, que através de um procedimento desenvolvido e implantado em 2006, tem contribuído para que crianças e adolescentes não permaneçam por muito tempo sob acolhimento institucional. Trata-se do Sistema Informatizado de Acolhimento (SIA), que determina que entidades sergipanas forneçam informações sobre a situação de acolhimento institucional ou familiar em que se encontram crianças e adolescentes. O SIA tem por finalidade a instrumentalização dos operadores sociais e do Sistema de Justiça com intuito de ensejar conhecimento sobre a situação dos acolhidos e das entidades de acolhimento. “Transformado em Lei (n. 8.126/2016) em 28 de junho de 2016, o SIA busca retirá-los da invisibilidade, oferecendo informações acerca de suas respectivas situações.” (IBDFAM, 2017c).

Os dados apresentados pelo Ministério Público de Sergipe esclarecem que após a primeira capacitação ocorrida em março de 2007 (ano seguinte à implantação), o SIA alcançou

o patamar de 90% de frequência na alimentação por parte das entidades, o que proporciona acesso a dados mais seguros do atual cenário do acolhimento estadual, proporcionando maior celeridade à inserção de menores em famílias substitutas. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO SERGIPE, 2017).

Neste mesmo sentido caminha a proposta da Associação Nacional de Grupos de Apoio à Adoção (ANGAAD), que realiza busca ativa por cerca de cento e quarenta grupos de apoio à adoção existentes no Brasil. Estes grupos recebem de magistrados, equipes técnicas ou promotores de justiça uma relação de menores para os quais não se conseguiu localizar habilitados no Brasil. Por meio de interligação dos dados é realizada busca entre os membros já cadastrados e habilitados para adoção. Dentre os objetivos da Busca Ativa está a abertura de possibilidade de adoção de crianças maiores de cinco anos, ou adolescente comumente preteridos. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO SERGIPE, 2017).

3.8 Adoção à luz da bioética

O tópico que se inicia tem por escopo fazer análise bioética do instituto da adoção em comparação à adoção de embriões excedentários. Para tanto, se faz necessário estudo da mudança pela qual passou o termo bioética e consequentemente sua abrangência, que se limitava somente à relação médico-paciente, abordando assuntos tangentes ao fim da vida.

Urge justificar a mudança de enfoque pelo qual passou a bioética que, a partir de 1998 sofreu alteração no referencial internacionalmente aceito para o termo, abrangendo tudo o que se refere à ‘bioética global’, na qual a ética da qualidade de vida é estendida a tudo aquilo que se refere à vida humana direta ou indiretamente (GARRAFA, PESSINI, 2003). Em segundo plano, há que se esclarecer a não intenção de esgotar o tema, posto que se faz como “ponte” para justificar a contraposição da adoção de embriões excedentários frente ao elevado número de crianças nascidas que aguardam um lar, uma família, como corolário do direito à dignidade da pessoa humana refletida nos direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente.

Em um primeiro momento, Vans Rensselaer Potter apresenta a bioética como um elo entre a ciência biológica e a ética. Seu pensamento levou em consideração a dependência da sobrevivência humana em uma civilização decente e sustentável em relação à necessidade de manutenção dos parâmetros éticos para os rumos que a ciência tomou (PESSINI, 2013). Sob um olhar retrospectivo sobre o que lecionara em 1971, comparativamente aos mais abrangentes rumos que a bioética tomara, afirma Potter no ano de 1998:

O que me interessava naquele momento, quando tinha 51 anos, era o questionamento do progresso e para onde a cultura ocidental estava levando todos os avanços materialistas próprios da ciência e da tecnologia. Expressei minhas ideias do que, segundo meu ponto de vista, se transformou na missão da bioética: uma tentativa de responder a pergunta frente à humanidade: que tipo de futuro teremos? E temos alguma opção? Por conseguinte, a bioética transformou-se numa visão que exigia uma disciplina que guiasse a humanidade como uma 'ponte para o futuro. (POTTER, 1998 apud PESSINI, 2013, p. 10).

Posto que a bioética emerge do olhar ético voltado à vida, seja de maneira direta ou indireta, teorias críticas se evidenciam, principalmente a partir dos anos 1990, trazendo à pauta dos debates mundiais aspectos que tangem à realidade de países em desenvolvimento (ou periféricos²⁵) como o Brasil e toda a América Latina. Fazem parte da realidade destes países a exclusão social e a concentração de poder; a globalização econômica internacional e a evasão dramática de divisas das nações mais pobres para os países centrais; a inacessibilidade dos grupos economicamente vulneráveis às conquistas do desenvolvimento científico e tecnológico; e a desigualdade de acesso das pessoas pobres aos bens de consumo indispensáveis à sobrevivência humana com dignidade (GARRAFA, PORTO, 2003).

Neste ínterim, passa a bioética por ampliação conceitual a partir da qual se reafirma o caráter pluralista que abrange não somente a vida humana em espécie, mas todos os elementos necessários para a vida de maneira ampla, atingindo a relação médico-paciente, mas também a dignidade, os direitos sociais, ambientais e animais. A confirmação legal da abertura bioética se perpetua na homologação da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em 2005.

A bioética outrora principialista, se fundamentava nos pilares da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça (BEAUCHAMP, CHILDRESS, 1979), utilizados estritamente na relação médico-paciente, único olhar bioético até então. Ocorre que a origem Anglo Saxônica destes princípios, serviu para que a visão de países centrais se estendesse sobre os periféricos, elevando a autonomia ao patamar “[...] maximizado, hierarquicamente, com relação aos outros três, tornando-se uma espécie de super-princípio; esse fato contribuiu para que a visão individual dos conflitos passasse a ser aceita como vertente decisiva para sua resolução, o que nem sempre acontece.” (SELETTI JÚNIOR; GARRAFA, 2005).

A necessidade histórico-social de amplitude do olhar bioético para além das questões adstritas ao limite da vida, à ética na conduta médica, bem como diante da antagônica

²⁵ Para fins de esclarecimento, se tem por países periféricos aqueles aos quais as organizações mundiais costumam chamar de “em desenvolvimento”, nos quais a maioria da população continua lutando por condições mínimas de sobrevivência e dignidade. Por outro lado, se tem por países centrais aqueles que os problemas básicos relacionados à educação, transporte e saúde se encontram resolvidos (GARRAFA, PORTO, 2003).

polarização dos países centrais frente aos periféricos, ensejou a quebra do individualismo exacerbado que se confronta com as injustiças sociais refletidas na exclusão, na falta de acesso à saúde, educação, cultura e convivência familiar, na ausência de perspectiva relativa à garantia de condições dignas de sobrevivência. Insurgem, então, outras categorias referenciais como a responsabilidade, a libertação, a solidariedade e a tolerância, que auxiliam na busca de diretrizes éticas mais amplas e abrangentes, que sob o ponto de vista do rigor acadêmico e do interesse bioético, necessitam ser constantemente reinterpretadas. (GARRAFA, 2005).

As dificuldades que assolam o procedimento de adoção no Brasil acabam por mitigar a efetividade dos direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, indispensáveis à sobrevivência humana com dignidade; acabam por negar direito à parentalidade aos cadastrados no CNA. Os entraves elencados contribuem para que as famílias desistam de adotar uma criança e optem pela reprodução assistida, possível efeito do mundo líquido moderno, em que não se encontra razão na monotonia, na longa espera, posto que a ansiedade toma conta das expectativas. Desta maneira, caracterizado pela constante mutabilidade das circunstâncias que cercam a sociedade (BAUMAN, 2011), o mundo líquido moderno encontra razão de existir na reprodução assistida, na oportunidade de se tornar pai/mãe como garantia constitucional da proteção à maternidade/paternidade ante a frustração advinda da morosidade do processo de adoção brasileiro, bem como reflexo da evolução técnico-científica que se estende à população de maneira a garantir-lhe melhores condições de vida e também dignidade.

A estrutura teórica que sustenta a presente pesquisa encontra razão de existir na divisão que abrange a *bioética das situações persistentes* refletida nos altos índices de crianças institucionalmente acolhidas no Brasil, em contraposição (ou não) à *bioética das situações emergentes*, refletida na possibilidade de adoção de embriões excedentários por casais homoafetivos.

Teoria oferecida pelos pesquisadores da Universidade de Brasília (UNB) em consonância com a Cátedra UNESCO propõe que se entenda por *bioética das situações persistentes* a bioética:

[...] que se relaciona com a historicidade das condições que teimosamente persistem entre as sociedades humanas desde a Antiguidade, como a exclusão social, a discriminação das mulheres, o racismo, a inequidade na alocação e distribuição de recursos de saúde, o abandono de crianças e idosos, o aborto, a eutanásia, entre outros. (GARRAFA, PORTO, 2003, p. 36).

Ademais, propõe a teoria em questão que se entenda por *bioética das situações emergentes*:

[...] as questões decorrentes do acelerado desenvolvimento científico e tecnológico que surgiram (emergiram) nos últimos cinquenta anos, entre as quais as novas técnicas de reprodução (incluindo clonagem reprodutiva e a terapêutica), o Projeto Genoma e os avanços no campo da engenharia genética. (GARRAFA, PORTO, 2003, p. 36).

Assim sendo, o tema proposto pelo presente trabalho se incumbe de estabelecer conexão entre as questões relacionadas à *bioética das situações persistentes* e à *bioética das situações emergentes*, entendendo que ambas convergem para a bioética que traz em seu referencial epistemológico a dignidade da pessoa humana, o respeito, a responsabilidade e o comprometimento para com o próximo. Esta bioética possui em seu berço duas vertentes que ensinam sua dupla paternidade e se ramificam para enfoques distintos: a micro e a macrobioética.

A macrobioética deriva dos ensinamentos de Vans Ressenlaer Potter que em 1998 ampliou a abrangência bioética tomando dimensão de uma ética global, não mais restrita entre os alcances éticos das ciências biológicas. Neste sentido:

A teoria original da bioética era a intuição da sobrevivência da espécie humana, numa forma decente e sustentável de civilização, exigindo o desenvolvimento e manutenção de um sistema de ética. Tal sistema (a implementação da bioética ponte) é a bioética global, fundamentada em intuições e reflexões alicerçadas no conhecimento empírico proveniente de todas as ciências, porém, em especial, do conhecimento biológico... Na atualidade, este sistema ético proposto segue sendo o núcleo da bioética ponte com sua extensão para a bioética global, o que exigiu o encontro da ética médica com a ética do meio ambiente numa escala mundial para preservar a sobrevivência humana. (POTTER, 1988 apud PESSINI, 2013, p. 11).

As proposições pautadas na bioética global ensinam a mudança de enfoque alicerçada numa perspectiva de maior abrangência, que possa atender a todos os habitantes da Terra indistintamente, de forma a garantir-lhes igualdade de direitos. Desta maneira, se intenta expandir a bioética para que se torne uma matéria verdadeiramente aberta ao encontro e ao diálogo das mais variadas profissões, ciências, modos de compreender a realidade pautadas em aspectos culturais, religiosos e sociais. Se anseia a discussão plural e respeitosa para resolver questões éticas que pairam sobre a vida como um todo e atingem as mais variadas manifestações de vida no planeta Terra (PESSINI, 2013).

Considerando a realidade concreta dos países periféricos e dos centrais, se entende pela necessidade de contextualização de problemas específicos traçados a partir de análise dos referenciais culturais, religiosos e políticos de um povo, fato que permite entender o contexto local e que agilizaria, por exemplo, o processo de destituição do poder familiar, a preferência por menores dotados de características específicas e contribuiria para tomada de medidas que promovam a adoção de crianças brasileiras com microcefalia.

Do mesmo modo, enseja a conexão entre as “distintas” bioéticas, o “[...] respeito ao pluralismo moral, a partir das visões morais diferenciadas sobre os mesmos assuntos e constatadas nas sociedades plurais e democráticas do século XXI” (BERLINGER; GARRAFA, 2001, p. 252), que se reflete no respeito à escolha sexual, na escolha do meio como se pretende ter um filho: se por adoção, se por reprodução assistida, se por adoção de embriões excedentários. As interpretações morais das sociedades plurais e democráticas do século XXI ensinam (ou deveriam ensinar) o respeito às escolhas individuais de forma a promover a tolerância; de forma a promover a não sobreposição de interesses, mas a junção de todos os elementos e conceitos que se iluminam mutuamente (BERLINGER; GARRAFA, 2001), proporcionando uma noção mais palpável e harmônica das realidades social e científica, que são latentes e não devem ser olvidadas pelo Direito. Há que se observar que as proposições ensinam libertação, solidariedade e tolerância como que requisitos culminantes na dignidade da pessoa humana, princípio para o qual devem convergir as condutas humanas, seja em relação aos seres humanos, ao meio ambiente, ou à biosfera.

Ademais, a característica bioética de ética-aplicada contribui para sua finalidade de proporcionar respostas concretas aos conflitos que se apresentam e, no presente trabalho, os conflitos que se apresentam encontram solução no imperativo bioético proposto por Fritz Jahr sistematizado por Sass, que se evidencia na História e propõe o reconhecimento moral como corolário dos deveres em relação ao próximo, que incumbe o respeito à cultura, a compaixão, o amor e a solidariedade entre todas as formas de vida como um princípio fundamental. São os imperativos:

- 1) O imperativo bioético guia as atitudes éticas e culturais, bem como as responsabilidades nas ciências da vida e em relação a todas as formas de vida [...];
- 2) O imperativo bioético fundamenta-se na evidência histórica e outras em que a compaixão é um fenômeno empiricamente estabelecido da alma humana [...];
- 3) O imperativo bioético fortalece e complementa o reconhecimento moral e os deveres em relação aos outros no contexto kantiano e deve ser seguido em respeito à cultura humana e às obrigações morais mútuas entre os humanos [...];
- 4) O imperativo bioético tem que reconhecer, administrar e cultivar a luta pela vida entre as formas de vida e contextos de vida natural e cultural [...];
- 5) O imperativo bioético implementa a compaixão, o amor e a solidariedade entre todas as formas de vida como um princípio fundamental e virtude da regra de ouro do imperativo categórico de Kant, que são recíprocos e somente formais;
- 6) O imperativo bioético inclui obrigações em relação ao próprio corpo e alma como um ser vivo. (SASS, 2009, p. 22 apud PESSINI, 2013, p. 23).

Ante o exposto, se observa a realidade latente de menores excluídos da sociedade e que aguardam institucionalizados uma colocação em família substituta como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que não deveria ser mitigado a ninguém. Por outro lado, se observa a adoção de embriões excedentários como corolário das interpretações morais

das sociedades plurais e democráticas do século XX que ensejam o respeito às escolhas individuais. A opção pela adoção homoafetiva de embriões excedentários se pauta no conceito de bioética que difere da ética profissional e deontológica de cunho legalista. Não se tem por base a proibição, a limitação ou a negação, “[...] sua atuação é pautada na legitimidade das ações e situações, tratando de atuar afirmativamente, positivamente. Para ela, a essência é a liberdade, porém, com compromisso e responsabilidade.” (GARRAFA, 1998, p. 28).

Com base na essência bioética se justifica adoção de embriões excedentários de forma a endossar a liberdade pautada na responsabilidade, no compromisso em se gerar uma criança e garantir a ela todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhe todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Todavia, não há que se olvidar as crianças já nascidas, que passando do estágio embrionário e se concretizando enquanto sujeitos de direitos, a estes não tiveram acesso. A trajetória de uma criança que passa pelo processo de destituição do poder familiar seja pelos mais variados motivos, é cercada de estigma social e danos psicológicos resultado da rejeição, da privação da convivência familiar, de amor. A estes estratificados do seio familiar, cabe o imperativo bioético que implementa a compaixão, o amor e a solidariedade entre todas as formas de vida, cabe também ressaltar que “[...] entre outras razões, a bioética surgiu para reforçar o lado mais frágil de qualquer inter-relação historicamente (e socialmente) determinada.” (GARRAFA, PORTO, 2003, p. 37). Assim sendo, a adoção se concretiza como bioética verdadeiramente aplicada na ética que a vida humana enseja em seu sentido mais singelo e amplo: O AMOR!

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo a abordagem dos dicotômicos e por vezes antagônicos reflexos da ascensão racional, que é fruto da quebra de paradigmas e estamentos característicos de uma sociedade pré-moderna. Para a análise deste tema se fez necessária exposição de alcance bioético diante da sinalizada desigualdade que tange tanto quem pretenda se valer das técnicas de reprodução assistida (mais precisamente da adoção de embriões excedentários), quanto os menores que se encontram sob acolhimento institucional, privados de convivência familiar e oportunidades ensejadoras do direito à dignidade.

A desigualdade que tange quem tenha vontade de se valer da adoção homoafetiva de embriões excedentários se faz presente na falta de alcance legislativo que não aborda a questão da personalidade jurídica do embrião, tampouco regulamenta as Técnicas de Reprodução Assistida, fato que culmina na necessidade de a deontologia médica fazer vigorar a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Outrossim, esta Resolução se faz excludente ao abordar somente a possibilidade de doação compartilhada de óvulos para casais homoafetivos formados por mulheres que não tenham problemas de infertilidade. É preciso que a isonomia atenda todos os tipos de famílias e que se legisle sobre a possibilidade de casais homoafetivos formados por mulheres se valerem da doação temporária de útero caso nenhuma delas possa gerar a criança. Neste ínterim, a adoção de embriões excedentários por casais homoafetivos se fundamenta no reconhecimento dos direitos reprodutivos como Direitos Humanos, na perspectiva de relações equitativas entre gêneros, na liberdade e na autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência.

Por outro lado, a desigualdade que tange os menores sob acolhimento institucional se materializa na morosidade do processo de adoção no Brasil, na exacerbada burocracia que rege a destituição do poder familiar, que rouba tempo crucial e determinante da vida de um menor. Posto que a preferência dos adotantes se dá por crianças de até cinco anos, a demora do processo de adoção mitiga aos menores a possibilidade de obter uma nova família e lhes designa ao acolhimento institucional que se estende somente até a maioridade. A morosidade também se relaciona com a *fertilização in vitro*, posto que a frustração e a ansiedade para adotar, desaguam na facilidade e rapidez oferecidas pelas Técnicas de Reprodução Assistida.

A ruptura das ideias prefixadas sobre formação familiar e detenção de direitos pertencentes somente a uma determinada camada populacional, foi analisada sob enfoque da teoria da liquidez de Zygmunt Bauman, a respeito da qual se entendeu ser necessária a

liquefação de valores para que conceitos e até mesmo direitos não se estagnem e se fechem em rol limitado. Se fazem de suma importância a aceitação e a abertura tanto social quanto jurídica para que dignidade da pessoa humana, bem como os direitos humanos sobretudo os “fundamentalizados”, se estendam de maneira horizontal, pressupondo igualdade material de direitos. Se estudou o Direito das Famílias como reflexo da desnecessidade de limitação de conceitos refletidos em rol fechado de direitos. Através da multiplicação das entidades familiares alicerçadas no afeto, na solidariedade, na união, no respeito, na confiança, no amor, no projeto de vida comum, é que se permite o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Neste íterim se justifica a formação de famílias homoafetivas, ectogenéticas, substitutas, monoparentais, anaparentais, multiparentais, dentre outras, que trazem o afeto como elemento justificador/formador. Desta maneira, se reafirma o Direito das Famílias como corolário dos Direitos Humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana e veda tratamento diferenciado às muitas formas de filiação ou às muitas formas de constituição familiar, que assumem e devem continuar assumindo contornos cada vez mais amplos. Ainda desta maneira, em se afirmando o afeto como pilar estruturador das relações familiares, se conclui pelo desvencilhamento da necessidade do vínculo biológico para comprovação da filiação, que é feita pela posse de estado de filho e não pela transmissão de genes, daí se falar que todos os pais devem adotar seus filhos, mesmo os biológicos.

Em se tratando da dicotômica consequência da ascensão racional que subdivide os pilares estruturadores deste trabalho, se observa, pois, que se de um lado existe a possibilidade de se valer da reprodução assistida para garantir o desejo de maternidade/paternidade, por outro existem crianças já nascidas que se encontram privadas do convívio familiar, vítimas do moroso processo de adoção brasileiro. Este estudo permitiu concluir, com alicerce na doutrina bioética, pela prevalência da vontade individual como fruto de um racionalismo cético, desvencilhado da moral cristã que regia a necessidade de regulamentação jurídica e religiosa da família, lhe atribuindo valores engessados e moldes condizentes com a moral pré-moderna.

O empoderamento racional do homem moderno lhe permite, sob a ótica da ascensão dos direitos reprodutivos em consonância com perspectiva garantista dos direitos humanos, traçar o princípio da dignidade da pessoa humana no direito à identidade genética. Isto envolve os filhos frutos da inseminação artificial heteróloga ou os frutos da adoção de embriões excedentários e permite concluir que rejeitar a sua ampla possibilidade de existência restringindo-a apenas a casais heteroafetivos, é afastar o princípio insculpido no inciso IV do

art. 3º da Constituição Federal, de acordo com o qual o Estado tem o dever de promover o bem de todos, sendo vedada qualquer discriminação, independentemente de ordem ou tipo.

Desta maneira, regulamentando a adoção de embriões excedentários por casais homoafetivos como pressuposto para equalização das relações, não há sobreposição de uma camada populacional em relação às demais por motivos financeiros ou de oportunidades.

Ainda desta maneira, em se tratando de isonomia, cabe concluir pela aceleração e desburocratização do processo de adoção no Brasil, como pressuposto para garantir convivência familiar pautada no princípio da dignidade da pessoa humana aos menores que se encontram sob acolhimento institucional. Acelerar e desburocratizar, neste contexto, são sinônimos de amor, de zelo estatal para com os menores carentes de afeto e que são, legitimamente, detentores dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato. Bioética e direitos da personalidade do nascituro. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 7/8, p. 87-104, 2003/2004. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. **Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2003.

_____; WOHNATH, Vinícius Parolin. Implicações jurídicas da poligamia tolerada nas famílias recompostas: contexto social brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 4. ed. 1, p. 198-213, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/134>>. Acesso em: 19 maio 2017.

ALVES, Jônes Figueirêdo. Reprodução assistida no berço das normas registraes. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 21 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1097/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+no+ber%C3%A7o+das+normas+registrais>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 107-125, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **44 Cartas ao Mundo Líquido Moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James. Principles of biomedical ethics. New York: Oxford University Press, 1979.

BERLINGUER, Giovani; GARRAFA, Volney. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. 2. ed. Brasília, DF: Ed. da UnB, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. v. 2

BÍBLIA. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980. (Edição Ecumênica).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF: 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 maio 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF: 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 9 ago. 2016.

_____. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF, 16 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF: 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília-DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. Planejamento familiar. **Portal Brasil**, 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>> Acesso em: 19 ago. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto n. 1.144, de 11 de setembro de 1861. Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzam efeitos civis. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 21, v. 1, 1861. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>> Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 487, de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Autoria Dep. Luiz Bassuma e Miguel Martini. Disponível em:

<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584> Acesso em: 10 jan. 2017.

CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites para utilização de técnicas de reprodução assistida. In. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 10., 2015. Belo Horizonte-MG. **Anais eletrônico...** Belo Horizonte-MG: IBDFAM, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/27632388/FAM%C3%8DLIAS_ECTOGEN%C3%89TICAS_O_S_LIMITES_JUR%C3%8DDICOS_PARA_UTILIZA%C3%87%C3%83O_DE_T%C3%89CNICAS_DE_REPRODU%C3%87%C3%83O_ASSISTIDA>. Acesso em: 19 jun 2017.

COÊLHO, Miriam. Senado busca criar leis que agilizem adoção de crianças. **Jornal do Senado**, Brasília, DF, Ano XVI, n. 583, 7 mar. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/528413/Cidadania_07_marco_2017.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 jul 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento n. 52, de 14 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF: 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>> Acesso em: 18 maio 2017.

_____. **Cadastro nacional de adoção**. [2017]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso em: 19 jul. 2017.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CUNHA, Alexandre do Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Direitos humanos e homoafetividade. **Revista de Direito do Cesusc**, Florianópolis, n. 2, p. 181-195, jan./jun. 2007.

_____. A evolução da família e seus direitos. **Maria Berenice Dias**, 20 jul. 2010a. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=alfabetica&pagina=2#anc>> . Acesso em: 10 jul. 2016.

DIAS, Maria Berenice. A homoafetividade e a justiça. **Maria Berenice Dias**, 31 ago. 2010b. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=alfabetica&pagina=3#anc>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. **Maria Berenice Dias**, 1 set. 2010c. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_550\)1_casamento_nem_direitos_nem_deveres_so_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_550)1_casamento_nem_direitos_nem_deveres_so_afeto.pdf). Acesso em: 01 ago. 2016

_____. Família ou famílias? **Maria Berenice Dias**, 1 set. 2010d. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=alfabetica&pagina=19#anc>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Sociedade de afeto. **Maria Berenice Dias**, 30 ago. 2010e. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/artigos.php?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=alfabetica&pagina=33#anc>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 10.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015a.

_____. O casamento igualitário no Brasil. In. CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. (Coord.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2015b. v. 2.

_____. **Filhos do afeto**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

DICIO. Dicionário online de português. **Verbetes “família”**. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/familia/>. Acesso em: 7 jul. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Traduzido por Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção curso de direito civil; v. 7).

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnando F.; SEGRE, Conceição A. M. Avanços em reprodução assistida. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, v.18, n. 1, p. 93-97, 2008. Disponível em: http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/14359/art_FREITAS_Avancos_em_reproducao_2008.pdf?sequence=1. Acesso em: 1 maio 2017.

GARRAFA, Volnei. Bioética e ética profissional: esclarecendo a questão. **Medicina**, Brasília, DF, n. 97, p. 28, 1998.

_____.; PESSINI, Leocir. Apresentação. In. _____.; _____. (Org.). **Bioética**: poder e injustiça. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Bioética, Poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In. _____; PESSINI, Volnei. (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003.

_____. Introdução à bioética. **Revista do Hospital Universitário UFMA**, São Luís-MA, v. 6, n. 2, p. 9-13, 2005.

GLOBO.COM. Jovem de 17 anos abandona filho de três meses em rodovia da Região Metropolitana de Curitiba. **G1**, Paraná, 15 abr. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/jovem-de-17-anos-abandona-filho-de-tres-meses-em-rodovia-da-regiao-metropolitana-de-curitiba.ghtml>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

_____. Mãe abandona recém-nascido em saco de lixo no norte da BA, diz polícia. **G1**, Bahia, 12 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/11/mae-abandona-recem-nascido-em-saco-de-lixo-no-norte-da-ba-diz-policia.html>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

HAMAD, Nazir. **Adoção e parentalidade: questões atuais**. Tradução de Maria Netrovsky Folberg; Mario Fleig; Jasson Martins. Porto Alegre, CMC: 2010.

HAMZELOU, Jessica. Exclusive: world's first baby born with new "3 parent" technique. **New Scientist**, 27 set. 2016. Disponível em: <<https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>> Acesso em: 15 jul. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p.16-24, mar. 2001.

_____. Famílias paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 199-219, 2013.

HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções - 1789, 1848**. 35.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado democrático de direito**. 30 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+no+Brasil%3A+A+consolida%C3%A7%C3%A3o+do+Estado+Democr%C3%A1tico+de+Direito>>. Acesso em: 23 maio 2016.

_____. **Comissão defende revisão na lei nacional de adoção**. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4912/novosite>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Em entrevista sobre os 26 anos do ECA, especialista afirma que falta comprometimento, paixão, compaixão e empatia pela situação das crianças acolhidas.** 10 ago. 2016a. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6083/Em+entrevista+sobre+os+26+anos+do+ECA%2C+especialista+afirma+que+falta+comprometimento%2C+paix%C3%A3o%2C+compaix%C3%A3o+e+empatia+pela+situ%C3%A7%C3%A3o+das+crian%C3%A7as+acolhidas>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

_____. **Afeto transforma direito de família e inova filiação.** 3 nov. 2016b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6152/Audi%C3%Aancia+p%C3%BAblica+discute+mudan%C3%A7as+efetivas+para+a+Lei+da+Ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

_____. **STF admite coexistência de parentalidade simultâneas.** 21. set. 2016c. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6118/STF+admite+coexist%C3%Aancia+de+parentalidades+simult%C3%A2neas>> Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. **Audiência pública discute mudanças efetivas na Lei da Adoção.** 2016d. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6152/Audi%C3%Aancia+p%C3%BAblica+discute+mudan%C3%A7as+efetivas+para+a+Lei+da+Ado%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. **Entenda como funciona o processo legal de adoção.** 24 maio 2017a. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/14074/Entenda+como+funciona+o+processo+legal+de+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. **Até quando esse drama? Especialistas indicam um longo caminho a ser percorrido pelo instituto da adoção.** Revista IBDFAM: **Crianças Invisíveis**, v. 31, p. 8-10, fev./mar. 2017b.

_____. **Tecnologia:** aliada contra entraves à adoção. 7 jun. 2017c. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6308/Tecnologia+aliada+contra+entraves+%C3%A0+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível: 71005602966 RS**, Relator: Regis de Oliveira Montenegro Barbosa, Data de Julgamento: 24/09/2015, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/09/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239289606/recurso-civel-71005602966-rs>>. Acesso em: 29 jun. 2016

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente:** direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba, Juruá: 2012.

KREUZ, Sérgio Luiz. Adoção: o que muda com o anteprojeto de lei proposto pelo Ministério da Justiça. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/adocao-o-que-muda-com-o-anteprojeto-de-lei-proposto-pelo-ministerio-da-justica-5pglrz18k9aq0i1izmpymg56n>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoria de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 24, p. 76-91, jan. 2012.

_____. Familias multiparentales: su “blanqueo” legal como solución que mejor satisface los intereses en juego. **Diario. DPI - Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos**, n. 11, p. 1-2, 2016. Disponível em: <<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/lamm.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. **Bioética e modernidade: entre o cativoiro da razão e a construção dos direitos humanos**. 2013. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013

_____; MARCHETTO, Patrícia Borba. Bioética na sociedade técnica: uma reflexão sobre os avanços da biotecnologia e a ética por meio dos conceitos de Jacques Ellul. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 196, p. 249-258, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496626>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.12, p. 40-55, jan./mar.2002.

_____. Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, Ano 1, n 1, p. 1753-1759, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

LOIOLA, Rita. Pela primeira vez, cientistas criam embriões humanos de duas semanas em laboratório. **Veja.com**, 9 maio 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/ciencia/pela-primeira-vez-cientistas-criam-embrioes-humanos-de-duas-semanas-em-laboratorio/>> Acesso em: 20 jul. 2017.

MAIA, Renato; LIMA, Ricardo Alves de. Adoção e direitos fundamentais: a adoção como efetivação da convivência familiar. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 261-290, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/162/149>>. Acesso em: 19 jul 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO SERGIPE. MP promove segunda edição do Curso de Capacitação no S.I.A.de 2017. **Centro de Apoio Operacional-Infância e Adolescência**. [2017]. Disponível em:

<<http://www.mpse.mp.br/Caop/Noticias/NoticiaExibir.aspx?caop=7&id=2142>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

MADALENO, Rolf. Filiação sucessória. **IBDFAM**, [2012]. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/102.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

MALUF, Adriana Caldos do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. **Adoção de embriões excedentários à luz do direito brasileiro**. São Paulo: Método, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

_____. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Célia Bodin. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. Ovodoação e gestação compartilhada. **JusBrasil**, [2015]. Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/236664624/ovodoacao-e-gestacao-compartilhada?ref=topic_feed>. Acesso em: 19 jun 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 29 jul 2017.

PENSANDO O DIREITO. **Minuta do anteprojeto de lei**. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. [2017]. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/adocao/texto-em-debate/minuta-do-anteprojeto-de-lei/>> Acesso em: 20 jul. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 13 jul 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. ADOÇÃO. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família atual**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 5.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**, São Paulo, Abril, p. 75-81, 1993.

PESSINI, Leocir. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista de Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 1, p. 9-19, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100002>. Acesso em: 13 jul. 2017.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Studia Iuridica**, Coimbra, n. 40, p. 149-246, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. In: BUGLIONE, Samanta (Org.). **Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; 2002.

_____. Direitos Reprodutivos. **Dicionário de Direito Humanos**, 2006. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+reprodutivos>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

POTTER, V.R. Script do vídeo elaborado e apresentado para o IV Congresso Mundial de Bioética, 4-7 de novembro de 1998, realizado em Tóquio. **Mundo da Saúde**, v. 22, n. 4, p. 6, 1998.

PRÓ-CRIAR. **O que é criopreservação?** [2017]. Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao>> Acesso em: 29 abr. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, n. 2, p. 49-67, maio 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. 348 f. Tese. (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMÃO. José Fernando. Início da personalidade jurídica natalistas x concepcionistas: o embate dos Titãs. **Professor Simão**. 2003. Disponível em:

<http://professorsimao.com.br/artigos_simao_personalidadejur.html>. Acesso em: 14 jul. 2017.

SELLETI JÚNIOR, Mário; GARRAFA, Volnei. **As raízes cristãs da autonomia**. Petrópolis: Vozes, 2005.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 470, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Autoria Senadora Lídice da Mata (PSB/BA). Relator: João Capibaribe. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>> Acesso em> 20 jan. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Filiação socioafetiva não impede reconhecimento de paternidade biológica e seus efeitos patrimoniais. 2017. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Filia%C3%A7%C3%A3o-socioafetiva-n%C3%A3o-impede-reconhecimento-de-paternidade-biol%C3%B3gica-e-seus-efeitos-patrimoniais> Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. **REsp 889. 8 5 2/RS**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Publicação DJ 27/04/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-889.852-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. **REsp 1.183.378 - RS**, 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Publicação 25/10/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **REsp 537162 MS 2014/0153302-7**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Publicação: DJ 05/05/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185744444/agravo-em-recurso-especial-aresp-537162-ms-2014-0153302-7>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

_____. **REsp 932692 DF 2007/0052507-8**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 18/12/2008. Órgão Julgador: T3 – TERCEIRA TURMA. Publicação: 12/02/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2491121/recurso-especial-resp-932692-df-2007-0052507-8>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 363889 DF**. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Procurador-Geral da República Diego Goiá Shmaltz. Acórdão Eletrônico DJe-238 – divulgação 15.12.2011. Publicação 16. 12.2011. Relator Ministro Dias Toffoli, Julgamento em 2 jun. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998282/recurso-extraordinario-re-363889-df-stf>> Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.277 – DF**. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 397762- BA**. Primeira Turma. Partes: Antonio Ernesto Leite Rodrigues, Joana da Paixão Luz, Cátia Regina Teles Nery e outros. Relator Marco Aurélio de Melo. Publicação: 3 jun. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2918741/recurso-extraordinario-re-397762-ba>> Acesso em> 29 jun. 2016.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro**. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

_____. **Direito civil: família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v. 5.

TAVARES, A.R. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 4, p. 232-240, jul./dez. 2004.

UNICEF. **Convenção sobre os direitos da criança**. [2004]. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em: 9 abr. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789**. [2017]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 set. 2017.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. Tradução de João Dell' Anna. 32. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VEIGA JÚNIOR, Hélio. **O direito de pertencer a si mesmo: a despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003. V. 6.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 21, p. 400-418, 1979.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ZATZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre afiliações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXO

ANEXO A¹: Dados extraídos junto ao Conselho Nacional de Justiça sobre a situação de Acolhidos, cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção e menores disponíveis para adoção

TABELA 1: CADASTRO NACIONAL DE ACOLHIDOS - QUANTIDADE DE ACOLHIDOS POR IDADE

IDADE	TOTAL
0	1859
1	1776
2	1670
3	1596
4	1659
5	1646
6	1800
7	1910
8	1963
9	1938
10	2133
11	2313
12	2574
13	2865
14	3096
15	3131
16	3172
17	2968
18	1467
19	990
20	813
21	626
22	538
23	403
24	267
25	21
Sem data de nascimento cadastrada	1867
TOTAL	47.082

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 19 jul 2017.

¹ O Anexo A é formado por tabelas obtidas junto ao Conselho Nacional de Justiça sobre a situação de acolhidos, cadastrados no CNA e crianças disponíveis para adoção nos Estados.

TABELA 2: RELATÓRIO DE PRETENDENTES CADASTRADOS (NACIONAL)

Título	Total	Porcentagem
1. Total de pretendentes cadastrados:	40.657	100,00%
2. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça branca:	7.662	18.85%
3. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça negra:	365	0.9%
4. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça amarela:	38	0.09%
5. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça parda:	1.738	4.27%
6. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça indígena:	23	0.06%
7. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça branca:	37.523	92.29%
8. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça negra:	20.757	51.05%
9. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça amarela:	21.694	53.36%
10. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça parda:	32.063	78.86%
11. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça indígena:	20.170	49.61%
12. Total de pretendentes que aceitam todas as raças:	18.586	45.71%
13. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pelo sexo.		
13.2 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo feminino:	11.270	27.72%
13.3 Total de pretendentes que são indiferentes em relação ao sexo da criança:	25.849	63.58%
13.1 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo masculino:	3.538	8.7%
14. Total de pretendentes que desejam adotar crianças com ou sem irmãos.		
14.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar irmãos:	26.912	66.19%

Título	Total	Porcentagem
14.2 Total de pretendentes que aceitam adotar irmãos:	13.745	33.81%
15. Total de pretendentes que desejam adotar gêmeos.		
15.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar gêmeos:	27.732	68.21%
15.2 Total de pretendentes que aceitam adotar gêmeos:	12.925	31.79%
17. Total de pretendentes habilitados na Região Norte	1.406	100%
17.1 Que aceitam crianças da raça branca:	1.192	84.78%
17.2 Que aceitam crianças da raça negra:	940	66.86%
17.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	945	67.21%
17.4 Que aceitam crianças da raça parda:	1.278	90.9%
17.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	897	63.8%
18. Total de pretendentes habilitados na Região Nordeste	4.823	100%
18.1 Que aceitam crianças da raça branca:	4.032	83.6%
18.2 Que aceitam crianças da raça negra:	2.802	58.1%
18.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	2.826	58.59%
18.4 Que aceitam crianças da raça parda:	4.243	87.97%
18.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	2.683	55.63%
19. Total de pretendentes habilitados na Região Centro-Oeste	3.094	100%
19.1 Que aceitam crianças da raça branca:	2.835	91.63%
19.2 Que aceitam crianças da raça negra:	1.924	62.18%
19.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	1.978	63.93%
19.4 Que aceitam crianças da raça parda:	2.709	87.56%
19.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	1.821	58.86%
20. Total de pretendentes	18.825	100%

Título	Total	Porcentagem
habilitados na Região Sudeste		
20.1 Que aceitam crianças da raça branca:	17.313	91.97%
20.2 Que aceitam crianças da raça negra:	9.610	51.05%
20.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	9.775	51.93%
20.4 Que aceitam crianças da raça parda:	15.228	80.89%
20.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	9.420	50.04%
21. Total de pretendentes habilitados na Região Sul	12.509	100%
21.1 Que aceitam crianças da raça branca:	12.151	97.14%
21.2 Que aceitam crianças da raça negra:	5.481	43.82%
21.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	6.170	49.32%
21.4 Que aceitam crianças da raça parda:	8.605	68.79%
21.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	5.349	42.76%
16. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária.		
16.2 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 1 anos de idade:	6.028	14.83%
16.3 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 2 anos de idade:	6.925	17.03%
16.4 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 3 anos de idade:	7.975	19.62%
16.5 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 4 anos de idade:	5.983	14.72%
16.6 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 5 anos de idade:	5.608	13.79%
16.7 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 6 anos de idade:	3.494	8.59%
16.8 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 7 anos de idade:	1.775	4.37%

Título	Total	Porcentagem
16.9 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 8 anos de idade:	983	2.42%
16.10 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 9 anos de idade:	445	1.09%
16.11 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 10 anos de idade:	515	1.27%
16.12 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 11 anos de idade:	239	0.59%
16.13 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 12 anos de idade:	224	0.55%
16.14 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 13 anos de idade:	115	0.28%
16.15 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 14 anos de idade:	84	0.21%
16.16 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 15 anos de idade:	42	0.1%
16.17 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 16 anos de idade:	48	0.12%
16.18 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 17 anos de idade:	36	0.09%
22. Distribuição dos pretendentes em relação ao estado em que estão habilitados.		
22.1 Total de pretendentes do AC:	215	0.53%
22.3 Total de pretendentes do AL:	331	0.81%
22.4 Total de pretendentes do AM:	125	0.31%
22.2 Total de pretendentes do AP:	192	0.47%
22.5 Total de pretendentes do BA:	1.029	2.53%
22.5 Total de pretendentes do CE:	556	1.37%
22.7 Total de pretendentes do DF:	599	1.47%
22.8 Total de pretendentes do ES:	469	1.15%
22.9 Total de pretendentes do GO:	1.308	3.22%
22.10 Total de pretendentes do MA:	248	0.61%
22.11 Total de pretendentes do MG:	4.893	12.03%
22.12 Total de pretendentes do MS:	351	0.86%

Título	Total	Porcentagem
22.13 Total de pretendentes do MT:	836	2.06%
22.14 Total de pretendentes do PA:	320	0.79%
22.15 Total de pretendentes do PB:	509	1.25%
22.16 Total de pretendentes do PE:	1.066	2.62%
22.17 Total de pretendentes do PI:	159	0.39%
22.18 Total de pretendentes do PR:	3.956	9.73%
22.19 Total de pretendentes do RJ:	3.749	9.22%
22.20 Total de pretendentes do RN:	441	1.08%
22.21 Total de pretendentes do RO:	320	0.79%
22.22 Total de pretendentes do RR:	53	0.13%
22.23 Total de pretendentes do RS:	5.936	14.6%
22.24 Total de pretendentes do SC:	2.617	6.44%
22.25 Total de pretendentes do SE:	484	1.19%
22.26 Total de pretendentes do SP:	9.714	23.89%
22.27 Total de pretendentes do TO:	181	0.45%
23 Especificação das situações dos pretendentes.		
23.1 Total de pretendentes disponíveis:	38.179	93.91%
23.2 Total de pretendentes vinculados:	2.478	6.09%
24. Total de pretendentes que somente aceitam crianças sem doenças:	26.347	64.8%
25. Especificação dos pretendentes que aceitam crianças com doenças.		
25.1 Total de pretendentes que aceitam crianças com HIV:	1.722	4.24%
25.2 Total de pretendentes que aceitam crianças com deficiência física:	2.298	5.65%
25.3 Total de pretendentes que aceitam crianças com deficiência mental:	1.238	3.04%
25.4 Total de pretendentes que aceitam crianças com outro tipo de doença detectada:	13.196	32.46%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 ago 2017.

TABELA 3: RELATÓRIO DE PRETENDENTES CADASTRADOS (INTERNACIONAL)

Título	Total	Porcentagem
1. Total de pretendentes cadastrados:	312	100,00%
2. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça branca:	3	0.96%
5. Total de pretendentes que somente aceitam crianças da raça parda:	3	0.96%
7. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça branca:	309	99.04%
8. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça negra:	290	92.95%
9. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça amarela:	287	91.99%
10. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça parda:	309	99.04%
11. Total de pretendentes que aceitam crianças da raça indígena:	287	91.99%
12. Total de pretendentes que aceitam todas as raças:	286	91.67%
13. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pelo sexo.		
13.2 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo feminino:	18	5.77%
13.3 Total de pretendentes que são indiferentes em relação ao sexo da criança:	290	92.95%
13.1 Total de pretendentes que desejam adotar somente crianças do sexo masculino:	4	1.28%
14. Total de pretendentes que desejam adotar crianças com ou sem irmãos.		
14.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar irmãos:	146	46.79%
14.2 Total de pretendentes que aceitam adotar irmãos:	166	53.21%
15. Total de pretendentes que desejam adotar gêmeos.		
15.1 Total de pretendentes que não aceitam adotar gêmeos:	150	48.08%
15.2 Total de pretendentes que aceitam adotar gêmeos:	162	51.92%

Título	Total	Porcentagem
17. Total de pretendentes habilitados na Região Norte	14	100%
17.1 Que aceitam crianças da raça branca:	14	100%
17.2 Que aceitam crianças da raça negra:	14	100%
17.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	14	100%
17.4 Que aceitam crianças da raça parda:	14	100%
17.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	14	100%
18. Total de pretendentes habilitados na Região Nordeste	39	100%
18.1 Que aceitam crianças da raça branca:	39	100%
18.2 Que aceitam crianças da raça negra:	36	92.31%
18.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	37	94.87%
18.4 Que aceitam crianças da raça parda:	39	100%
18.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	37	94.87%
19. Total de pretendentes habilitados na Região Centro-Oeste	15	100%
19.1 Que aceitam crianças da raça branca:	15	100%
19.2 Que aceitam crianças da raça negra:	15	100%
19.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	15	100%
19.4 Que aceitam crianças da raça parda:	15	100%
19.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	15	100%
20. Total de pretendentes habilitados na Região Sudeste	170	100%
20.1 Que aceitam crianças da raça branca:	167	98.24%
20.2 Que aceitam crianças da raça negra:	152	89.41%
20.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	148	87.06%
20.4 Que aceitam crianças da raça	168	98.82%

Título	Total	Porcentagem
parda:		
20.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	148	87.06%
21. Total de pretendentes habilitados na Região Sul	74	100%
21.1 Que aceitam crianças da raça branca:	74	100%
21.2 Que aceitam crianças da raça negra:	73	98.65%
21.3 Que aceitam crianças da raça amarela:	73	98.65%
21.4 Que aceitam crianças da raça parda:	73	98.65%
21.5 Que aceitam crianças da raça indígena:	73	98.65%
16. Total de pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária.		
16.2 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 1 anos de idade:	1	0.32%
16.4 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 3 anos de idade:	1	0.32%
16.5 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 4 anos de idade:	5	1.6%
16.6 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 5 anos de idade:	12	3.85%
16.7 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 6 anos de idade:	14	4.49%
16.8 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 7 anos de idade:	28	8.97%
16.9 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 8 anos de idade:	65	20.83%
16.10 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 9 anos de idade:	78	25%
16.11 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 10 anos de idade:	59	18.91%
16.12 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 11 anos de idade:	29	9.29%

Título	Total	Porcentagem
16.13 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 12 anos de idade:	8	2.56%
16.14 Total de pretendentes que aceitam crianças com até 13 anos de idade:	2	0.64%
22. Distribuição dos pretendentes em relação ao estado em que estão habilitados.		
22.3 Total de pretendentes do AL:	22	7.05%
22.8 Total de pretendentes do ES:	1	0.32%
22.9 Total de pretendentes do GO:	1	0.32%
22.11 Total de pretendentes do MG:	63	20.19%
22.12 Total de pretendentes do MS:	14	4.49%
22.16 Total de pretendentes do PE:	16	5.13%
22.18 Total de pretendentes do PR:	19	6.09%
22.19 Total de pretendentes do RJ:	36	11.54%
22.20 Total de pretendentes do RN:	1	0.32%
22.21 Total de pretendentes do RO:	14	4.49%
22.24 Total de pretendentes do SC:	55	17.63%
22.26 Total de pretendentes do SP:	70	22.44%
23 Especificação das situações dos pretendentes.		
23.1 Total de pretendentes disponíveis:	293	93.91%
23.2 Total de pretendentes vinculados:	19	6.09%
24. Total de pretendentes que somente aceitam crianças sem doenças:	263	84.29%
25. Especificação dos pretendentes que aceitam crianças com doenças.		
25.1 Total de pretendentes que aceitam crianças com HIV:	11	3.53%
25.2 Total de pretendentes que aceitam crianças com deficiência física:	31	9.94%
25.3 Total de pretendentes que aceitam crianças com deficiência mental:	7	2.24%
25.4 Total de pretendentes que	17	5.45%

Título	Total	Porcentagem
aceitam crianças com outro tipo de doença detectada:		

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:
 <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 ago 2017.

TABELA 4: RELATÓRIO DE CRIANÇAS CADASTRADAS

Título	Total	Porcentagem
1. Total de crianças/adolescentes cadastradas:	7.900	100,00%
2. Total de crianças/adolescentes da raça branca:	2.731	34.57%
3. Total de crianças/adolescentes da raça negra:	1.339	16.95%
4. Total de crianças/adolescentes da raça amarela:	13	0.16%
5. Total de crianças/adolescentes da raça parda:	3.796	48.05%
6. Total de crianças/adolescentes da raça indígena:	21	0.27%
7. Total de crianças/adolescentes que possuem irmãos		
7.1 Total que não possuem irmãos:	3.181	40.27%
7.2 Total que possuem irmãos:	4.719	59.73%
8. Total de crianças/adolescentes que possuem problemas de saúde:	1.992	25.22%
9. Total de crianças/adolescentes que são da Região Norte:	335	100%
9.1 Que são brancas:	24	7.16%
9.2 Que são negras:	25	7.46%
9.3 Que são amarelas:	3	0.9%
9.4 Que são pardas:	281	83.88%
9.5 Que são indígenas:	2	0.6%
10. Total de crianças/adolescentes que são da Região Nordeste	1.122	100%
10.1 Que são brancas:	199	17.74%
10.2 Que são negras:	179	15.95%
10.3 Que são amarelas:	2	0.18%
10.4 Que são pardas:	740	65.95%
10.5 Que são indígenas:	2	0.18%
11. Total de crianças/adolescentes que são da Região Centro-Oeste:	634	100%
11.1 Que são brancas:	152	23.97%

Título	Total	Porcentagem
11.2 Que são negras:	85	13.41%
11.4 Que são pardas:	388	61.2%
11.5 Que são indígenas:	9	1.42%
12. Total de crianças/adolescentes que são da Região Sudeste:	3.398	100%
12.1 Que são brancas:	976	28.72%
12.2 Que são negras:	758	22.31%
12.3 Que são amarelas:	7	0.21%
12.4 Que são pardas:	1.652	48.62%
12.5 Que são indígenas:	5	0.15%
13. Total de crianças/adolescentes que são da Região Sul:	2.411	100%
13.1 Que são brancas:	1.380	57.24%
13.2 Que são negras:	292	12.11%
13.3 Que são amarelas:	1	0.04%
13.4 Que são pardas:	735	30.49%
13.5 Que são indígenas:	3	0.12%
14 Avaliação da distribuição por gênero		
14.2 Total de crianças do sexo feminino:	3.531	44.7%
14.1 Total de crianças do sexo masculino:	4.369	55.3%
15 Avaliação da distribuição por idade		
15.1 Total de crianças com menos de 1 ano:	263	3.33%
15.2 Total de crianças com 1 ano:	410	5.19%
15.3 Total de crianças com 2 anos:	382	4.84%
15.4 Total de crianças com 3 anos:	331	4.19%
15.5 Total de crianças com 4 anos:	329	4.16%
15.6 Total de crianças com 5 anos:	311	3.94%
15.7 Total de crianças com 6 anos:	318	4.03%
15.8 Total de crianças com 7	311	3.94%

Título	Total	Porcentagem
anos:		
15.9 Total de crianças com 8 anos:	350	4.43%
15.10 Total de crianças com 9 anos:	330	4.18%
15.11 Total de crianças com 10 anos:	421	5.33%
15.12 Total de crianças com 11 anos:	470	5.95%
15.13 Total de crianças com 12 anos:	543	6.87%
15.14 Total de crianças com 13 anos:	601	7.61%
15.15 Total de crianças com 14 anos:	638	8.08%
15.16 Total de crianças com 15 anos:	665	8.42%
15.17 Total de crianças com 16 anos:	644	8.15%
15.18 Total de crianças com 17 anos:	583	7.38%
16. Avaliação da predominância quanto ao fato da criança/adolescente ter irmão(s) gêmeo(s)		
16.1 Total de crianças com irmão(s) gêmeos(s):	214	2.71%
16.2 Total de crianças que não tem irmão(s) gêmeos(s):	7.686	97.29%
17 Avaliação da distribuição das crianças/adolescentes em relação ao estado em que residem		
17.1 Total de crianças do AC:	9	0.11%
17.3 Total de crianças do AL:	80	1.01%
17.4 Total de crianças do AM:	48	0.61%
17.2 Total de crianças do AP:	65	0.82%
17.5 Total de crianças do BA:	164	2.08%
17.5 Total de crianças do CE:	206	2.61%
17.7 Total de crianças do DF:	171	2.16%
17.8 Total de crianças do ES:	233	2.95%
17.9 Total de crianças do GO:	156	1.97%
17.10 Total de crianças do MA:	90	1.14%

Título	Total	Porcentagem
17.11 Total de crianças do MG:	905	11.46%
17.12 Total de crianças do MS:	230	2.91%
17.13 Total de crianças do MT:	77	0.97%
17.14 Total de crianças do PA:	103	1.3%
17.15 Total de crianças do PB:	76	0.96%
17.16 Total de crianças do PE:	337	4.27%
17.17 Total de crianças do PI:	51	0.65%
17.18 Total de crianças do PR:	887	11.23%
17.19 Total de crianças do RJ:	592	7.49%
17.20 Total de crianças do RN:	54	0.68%
17.21 Total de crianças do RO:	62	0.78%
17.22 Total de crianças do RR:	4	0.05%
17.23 Total de crianças do RS:	1.226	15.52%
17.24 Total de crianças do SC:	298	3.77%
17.25 Total de crianças do SE:	64	0.81%
17.26 Total de crianças do SP:	1.668	21.11%
17.27 Total de crianças do TO:	44	0.56%
18 Avaliação da distribuição das doenças e/ou deficiências		
18.1 Total de crianças com HIV:	99	1.25%
18.2 Total de crianças com deficiência física:	299	3.78%
18.3 Total de crianças com deficiência mental:	674	8.53%
18.4 Total de crianças com outro tipo de doença detectada:	920	11.65%
18.5 Total de crianças com doença não detectada no momento do cadastro:	6.352	80.41%
19 Especificação das situações das crianças.		
19.1 Total de crianças disponíveis:	4.771	60.39%
19.2 Total de crianças vinculadas:	3.129	39.61%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 06 ago 2017.

em:

ANEXO B²: ANÚNCIO VIA FACEBOOK DE DOAÇÃO DE MENOR

← → ↻ Seguro | <https://www.facebook.com/AdocaoDeCrianças/posts/707438742683201>

f Pesquisar 🔍

 **Adoção de crianças** 9 de outubro de 2014 · 🌐

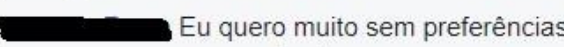
Quero doar meu bebê que irá nascer em janeiro Sou em rio de janeiro quem estiver interessado mande uma mensagem pra mim

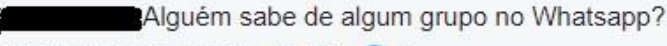
👍 Curtir 💬 Comentar ➦ Compartilhar

👍❤️😱 297

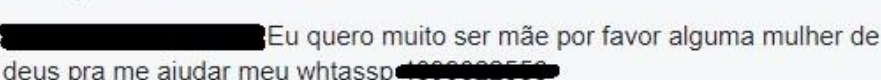
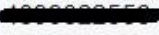
Visualizar comentários anteriores 46 de 1.603

  22 de junho às 23:29 · Curtir

  Eu quero muito sem preferências  23 de junho às 07:16 · Curtir

  Alguém sabe de algum grupo no Whatsapp? 23 de junho às 14:24 · Curtir · 👍 1

  Eu também quero adotar um menino recém nascido moro em sc 24 de junho às 16:41 · Curtir

  Eu quero muito ser mãe por favor alguma mulher de deus pra me ajudar meu whatsapp  25 de junho às 00:24 · Curtir · 👍 1

Fonte: Facebook. Disponível em: <<http://www.facebook.com/AdoçãoDeCrianças/posts/707438742683201>>. Acesso em: 28 jul 2017.

² O Anexo B evidencia a facilidade de se “adotar” um menor por vias ilegais. O anúncio teve, até a data do acesso, 1.603 comentários de pessoas interessadas em “adotar” uma criança sem se valer do processo judicial.

ANEXO C: ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA ADOÇÃO PROPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

I ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA ADOÇÃO

Capítulo I

Direitos Fundamentais

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o Estatuto da Adoção de criança ou adolescente.

Art. 2º. É dever do Estado observar o princípio da prioridade absoluta a criança e adolescente estabelecido no *caput* do art. 227 da Constituição, quando a família, a comunidade ou a sociedade deixar de assegurar-lhes 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.

Art. 3º. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Parágrafo único. Os pais, os integrantes da família extensa, os guardiões, os responsáveis pelo acolhimento familiar e institucional, os padrinhos afetivos ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes têm o dever de tratá-los, educá-los e protegê-los, não podendo utilizar castigo físico, tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto.

Art. 4º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo-se, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 5º. Crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 6º. Crianças e adolescentes têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição, nas Convenções Internacionais e nas leis.

Art. 7º. Crianças e adolescentes têm direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 8º. Crianças e adolescentes têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas e dos deveres gerais de conduta das pessoas físicas e jurídicas, de modo a permitirem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 9º. Crianças e adolescentes têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Art. 10º. Crianças e adolescentes têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversão, e a produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. As entidades públicas e privadas, que atuem nessas áreas, devem contar, em seus quadros, com pessoas capacitadas a reconhecer e a comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes.

Art. 11. As pessoas encarregadas, em razão de cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação, do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes, são sujeitas às punições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, pelo injustificado retardamento ou omissão, culposo ou doloso, em tomar providências para sanar situações de risco.

Art. 12. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Capítulo II

Direito à convivência familiar e comunitária

Art. 13. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de uma família, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente sadio, livre do contato com pessoas dependentes químicas ou afeitas a práticas criminosas, de modo a ser-lhes garantido desenvolvimento integral e inviolabilidade física, psíquica e moral.

Art. 14. Os filhos biológicos, unilaterais, socioafetivos e adotivos têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Parágrafo único. Os pais, de qualquer origem, têm iguais direitos e deveres, bem como responsabilidade compartilhada no cuidado e na educação dos filhos, sendo respeitado o direito de transmitirem suas crenças e culturas, resguardados os direitos estabelecidos nesta Lei.

Art. 15. A autoridade parental é exercida pelos pais, em igualdade de condições, na forma do que dispõe a legislação civil, assegurando-lhes, em caso de discordância, o direito de recorrer à autoridade judicial.

Parágrafo único. Aos pais incumbe o dever de assistir, criar e educar os filhos menores de idade ou com deficiência mental ou intelectual, cabendo-lhes cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 16. A condenação criminal de um ou de todos os pais não implica a destituição da autoridade parental, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho, nos termos do § 2º do art. 23 do ECA.

§ 1º É garantida a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, por meio de visitas periódicas, independente de autorização judicial.

§ 2º As visitas serão promovidas e acompanhadas pelo guardião, pelo responsável pelo acolhimento institucional ou familiar, ou pelo padrinho afetivo.

Capítulo III

Relação Familiar

Art. 17. Entende-se por núcleo familiar a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços biológicos, de afinidade ou afetividade.

Art. 18. Família extensa é aquela para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afetividade.

Art. 19. Os filhos poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, qualquer que seja a origem da filiação.

§ 1º O reconhecimento pode ser levado a efeito no próprio termo de nascimento, por testamento, por escritura pública, ou por outro documento público ou particular firmado pelo genitor e por duas testemunhas.

§ 2º O ato do reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 20. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e

imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

Capítulo IV **Preferência da Reinserção Familiar**

Art. 21. Sem prejuízo das medidas emergenciais para a proteção de vítimas de violência ou abuso sexual, e das providências a que alude o art. 130 do ECA, comprovada negligência, maus tratos ou qualquer tipo de abuso, proceder-se-á ao imediato afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar e seu encaminhamento a acolhimento familiar ou institucional.

Art. 22. Crianças e adolescentes somente poderão ser encaminhados aos programas de acolhimento familiar ou institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros:

I - sua identificação e a qualificação completa de seus pais ou de seu responsável, se conhecidos;

II - o endereço de residência dos pais ou do responsável, com pontos de referência;

III - os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda;

IV - os motivos da retirada ou da não reinserção ao convívio familiar.

Art. 23. Crianças e adolescentes recolhidos sem pais conhecidos serão encaminhados a acolhimento familiar ou institucional. Caso não sejam reclamados pelo núcleo familiar ou pela família extensa, no prazo de 15 (quinze) dias, serão entregues à guarda de quem está habilitado à adoção daquele perfil.

Parágrafo único. Decorrido o período de convivência, e após o laudo favorável da equipe interdisciplinar, os adotantes dispõem do prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção.

Art. 24. Verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional imediatamente comunicará à autoridade judiciária.

§ 1º Entregue o filho aos pais biológicos, a família receberá acompanhamento, pelo prazo de 90 (noventa) dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 2º Reconhecido que a família não aderiu aos serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção, a autoridade judiciária suspenderá a autoridade parental e encaminhará o filho à guarda provisória de quem esteja habilitado adotar aquele perfil.

§ 3º Dentro do prazo de 15 (quinze) dias, o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse promoverá ação desconstitutiva da parentalidade, que pode ser cumulada com ação de adoção.

Art. 25. Apresentando-se algum integrante da família extensa com interesse em assumir a guarda da criança ou adolescente, a equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional realizará estudo psicológico e social, no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º Verificada a possibilidade da concessão da guarda à família extensa, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional imediatamente comunicará à autoridade judiciária.

§ 2º Concedida a guarda, mediante termo de responsabilidade, a família receberá acompanhamento, pelo prazo de 90 (noventa), pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

Art. 26. Reconhecida a impossibilidade de retorno ao núcleo familiar ou encaminhamento à

família extensa, em prazo não superior a 30 (trinta) dias, a equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional deve enviar relatório fundamentado à autoridade judicial, que suspenderá a autoridade parental, encaminhando a criança ou o adolescente a quem esteja habilitado a adotar aquele perfil.

Parágrafo único. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias, o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse promoverá ação de destituição da autoridade parental, que pode ser cumulada com ação de adoção.

Capítulo V

Acolhimento Familiar ou Institucional

Art. 27. O acolhimento familiar ou institucional são medidas emergenciais, provisórias e excepcionais, utilizadas como forma de transição, não implicando em privação de liberdade.

§ 1º O acolhimento familiar prefere ao acolhimento institucional. § 2º Em decisão fundamentada, a autoridade judiciária deve justificar a determinação de acolhimento institucional ao invés do acolhimento familiar.

Art. 28. O acolhimento familiar ou institucional ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais, como parte do processo de reinserção familiar ou na família extensa, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou o adolescente acolhido.

Art. 29. Crianças ou adolescentes que estiverem inseridos em programa de acolhimento familiar ou institucional terão suas situações reavaliadas, no máximo, a cada seis (6) meses.

Art. 30. A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento familiar ou institucional não se prolongará por mais de um (1) ano, salvo comprovada a absoluta impossibilidade de reinserção familiar ou outro motivo justificado por decisão por judicial. Nessa hipótese a autoridade judicial nomeará um curador especial para velar por seus interesses.

Art. 31. As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, se necessário, estimularão o contato da criança ou adolescente com os candidatos habilitados à adoção, nos locais em que se encontram abrigados.

§ 1º As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional somente poderão receber recursos públicos se comprovado o atendimento dos princípios, exigências e finalidades desta Lei.

§ 2º O descumprimento das disposições desta Lei pelo dirigente de entidade que desenvolva programas de acolhimento familiar ou institucional é causa de sua destituição, sem prejuízo da apuração de sua responsabilidade administrativa, civil e criminal.

§ 3º Quando se tratar de criança de até três (3) anos em acolhimento institucional, dar-se-á especial atenção à atuação de educadores de referência estáveis e qualitativamente significativos, às rotinas específicas e ao atendimento das necessidades básicas, incluindo as de afeto como prioritárias.

§ 4º Os recursos destinados à implementação e manutenção das entidades de acolhimento familiar ou institucional serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social.

Plano individual de atendimento

Art. 32. Após o acolhimento, no prazo de 15 (quinze) dias, a entidade responsável pelo programa familiar ou institucional encaminhará à autoridade judiciária um plano individual de atendimento, visando a reinserção familiar, colocação na família extensa ou adoção.

§ 1º O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento, levando em consideração a oitiva dos pais ou do responsável e a opinião da criança ou do adolescente.

§ 2º Constarão do plano individual:

I - os resultados da avaliação interdisciplinar;

II - os compromissos assumidos pelos pais ou responsável; e

III - a previsão das atividades a serem desenvolvidas com a criança ou com o adolescente acolhido e seus pais, com vista à reinserção no núcleo familiar ou a preparação para ser disponibilizado à adoção.

Seção I

Acolhimento Familiar

Art. 33. Será dada prioridade para colocação em programas de acolhimento familiar a grupos de irmãos, crianças acima de oito anos, ou com deficiência, doença crônica ou necessidades específicas de saúde.

§ 1º A pessoa ou o casal deve estar cadastrado no programa de acolhimento familiar para receber a criança ou adolescente mediante guarda.

§ 2º A colocação de criança ou adolescente sob a guarda de pessoa inscrita em programa de acolhimento familiar será comunicada à autoridade judiciária, no prazo máximo de quarenta e oito horas.

Art. 34. Quem se prontifica a participar do programa de acolhimento familiar ou institucional deve observar os seguintes princípios:

I - preservação dos vínculos familiares;

II - preferência, sempre que possível, pelo não desmembramento de grupos de irmãos;

III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;

IV – supletividade do acolhimento institucional;

V - desenvolvimento de atividades em regime de coeducação;

VI - participação na vida da comunidade local;

VII - preparação gradativa para o desligamento;

VIII - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

§ 1º Os responsáveis pelo programa de acolhimento familiar são equiparados aos guardiões, para todos os efeitos de direito.

§ 2º Os responsáveis pelo programa de acolhimento familiar remeterão à autoridade judiciária, no máximo a cada seis (6) meses, relatório circunstanciado acerca da situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família.

Art. 35. O poder público estimulará incentivos fiscais e subsídios, ao acolhimento familiar, sob a forma de guarda de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de pessoas ou famílias selecionadas, capacitadas e devidamente supervisionadas.

§ 2º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos diretamente para a pessoa ou família acolhedora.

Art. 36. Ainda que haja no Cadastro Nacional de Adoção candidato a adotar criança ou adolescente inserido em família acolhedora, havendo expressa manifestação de vontade da criança ou adolescente de ser adotado por quem a acolheu, comprovada por estudo psicológico e social a constituição de vínculo de afetividade, atendidos os demais requisitos desta Lei, os acolhedores familiares terão preferência para adotá-lo, sendo submetidos aos

procedimentos aplicáveis à habilitação para a adoção, nos termos do § 3º deste artigo.

§ 1º Concedida à pessoa ou família acolhedora a guarda provisória para fim de adoção, é dispensado o período de convivência.

§ 2º Os acolhedores familiares, a partir do pedido de adoção, dispõem de legitimidade para participar da ação desconstitutiva da parentalidade, que será cumulada com a ação de adoção.

§ 3º No curso do processo de adoção, a pessoa ou família acolhedora será submetida a estudo psicológico e social pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

Seção II

Acolhimento Institucional

Art. 37. As entidades que desenvolvem programas de acolhimento institucional têm as seguintes obrigações:

- I - observar os direitos e garantias de que são titulares as crianças e os adolescentes;
- II - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
- III - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade à criança e ao adolescente;
- IV - preservar os vínculos familiares;
- V - evitar, sempre que possível, o desmembramento de grupos de irmãos e a transferência para outras entidades de acolhimento;
- VI - desenvolver atividades em regime de coeducação;
- VII - incentivar a participação das crianças e adolescentes da vida da comunidade local;
- VIII - preparação gradativa para o desligamento;
- IX - procurar a participação de pessoas da comunidade no processo educativo.
- X - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
- XI - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à respectiva faixa etária;
- XII - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
- XIII - propiciar escolarização e profissionalização;
- XIV - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XV - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
- XVI - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento dos adolescentes egressos;
- XVII - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;
- XVIII - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do acolhimento, nome de seus pais ou responsáveis e dos parentes, que fizeram algum contato, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem a identificação e individualização do atendimento.

§ 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

§ 2º Os dirigentes de entidades que desenvolvem programas de acolhimento institucional remeterão à autoridade judiciária, no máximo a cada seis meses, relatório circunstanciado acerca da situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família.

§ 3º Estados e Municípios, por intermédio dos Poderes Executivo e Judiciário, promoverão a permanente qualificação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente em programas de acolhimento institucional destinados à colocação familiar de crianças e adolescentes, incluindo os membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria

Pública e Conselho Tutelar.

§ 4º As entidades que desenvolvem programas de acolhimento institucional, com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, se necessário, estimularão o contato da criança ou adolescente com os candidatos habilitados à adoção, nos locais em que se encontram abrigados.

§ 5º O descumprimento das disposições desta Lei pelo dirigente de entidade que desenvolva programas de acolhimento institucional é causa de sua destituição, sem prejuízo da apuração de sua responsabilidade administrativa, civil e criminal.

§ 6º Quando se tratar de criança de até três (3) anos em acolhimento institucional, deverá ser dada especial atenção às necessidades básicas, incluindo, como prioritárias, as de afeto, por educadores de referência estáveis e qualificados.

Art. 38. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até vinte e quatro (24) horas ao juízo competente.

Art. 39. As entidades de acolhimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção.

Art. 40. As entidades, públicas ou privadas, que abriguem ou recepcionem crianças e adolescentes, ainda que em caráter temporário, devem ter, em seus quadros, profissionais capacitados a reconhecer e a reportar ao Conselho Tutelar suspeitas ou ocorrências de maus-tratos.

§ 1º As entidades governamentais e não governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.

§ 3º Os programas em execução serão reavaliados pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, no máximo, a cada dois (2) anos, constituindo-se critérios para renovação da autorização de funcionamento:

I - o efetivo respeito às regras e princípios desta Lei, bem como às resoluções relativas à modalidade de atendimento prestado, expedidas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), em todos os níveis;

II - a qualidade e eficiência do trabalho desenvolvido, atestadas pelo Conselho Tutelar, pelo Ministério Público e pela Justiça da Criança e Adolescente;

Art. 41. As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade.

Parágrafo único. O registro terá validade máxima de quatro (4) anos, cabendo ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, periodicamente, reavaliar o cabimento de sua renovação.

Capítulo VI

Fiscalização das entidades de acolhimento institucional

Art. 42. As entidades governamentais e não-governamentais de acolhimento institucional são fiscalizadas pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares. Parágrafo único. Os planos de aplicação e as prestações de contas serão apresentados ao Estado ou ao Município, conforme a origem das dotações orçamentárias.

Art. 44. São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem suas obrigações, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou

prepostos:

I - às entidades governamentais:

- a) advertência;
- b) afastamento provisório de seus dirigentes;
- c) afastamento definitivo de seus dirigentes;
- d) fechamento de unidade ou interdição de programa.

II - às entidades não-governamentais:

- a) advertência;
- b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas;
- c) interdição de unidades ou suspensão de programa;
- d) cassação do registro.

§ 1º Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, o fato será comunicado ao Ministério Público para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade.

§ 2º As pessoas jurídicas de direito público e as entidades de acolhimento institucional responderão pelos danos que seus agentes causarem às crianças e aos adolescentes, caracterizado o descumprimento dos princípios norteadores das atividades de proteção específica.

Capítulo VII

Apadrinhamento afetivo

Art. 44. Crianças e adolescentes que se encontrem em acolhimento familiar ou institucional poderão participar de programas de apadrinhamento afetivo.

§ 1º O programa de apadrinhamento afetivo é gerenciado pelos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), podendo ser executado pelo Poder Judiciário, por organizações da sociedade civil ou órgãos do Poder Executivo.

§ 2º Será assegurada prioridade ao apadrinhamento a crianças e adolescentes com remota chance de reinserção familiar ou colocação em família adotiva, grupos de irmãos, crianças e adolescentes com deficiência, doença crônica ou necessidades específicas de saúde.

§ 3º Podem ser padrinhos afetivos pessoas maiores de dezoito anos inscritos ou não nos cadastros de adoção.

§ 4º O apadrinhamento independe do estado civil do padrinho ou de parentesco com o afilhado.

§ 5º Ainda que haja no Cadastro Nacional de Adoção candidato a adotar criança ou adolescente inserido na modalidade de apadrinhamento afetivo, havendo expressa manifestação de vontade da criança ou adolescente de ser adotado pelo padrinho, comprovada por estudo psicológico e social a constituição de vínculo de afetividade, atendidos os demais requisitos desta Lei, os padrinhos afetivos terão preferência para adotá-lo, sendo submetidos aos procedimentos aplicáveis à habilitação para a adoção, nos termos do § 8º deste artigo.

§ 6º Concedida ao padrinho a guarda provisória para fim de adoção, é dispensado o período de convivência, se do início do apadrinhamento já houver decorrido mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 7º A partir do pedido de adoção, o padrinho dispõe de legitimidade para participar da ação desconstitutiva da parentalidade que será cumulada com a ação de adoção do seu afilhado.

§ 8º No curso do processo de adoção, o padrinho será submetido a estudo psicológico e

social pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

Capítulo VIII

Perda, suspensão e extinção da autoridade parental

Art. 45. A falta ou a carência de recursos materiais, isoladamente, não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. A manutenção ou reinserção da criança ou adolescente em seu núcleo familiar ou na família extensa deve ocorrer quando comprovada ser esta a solução que melhor atende ao seu superior interesse.

Art. 46. Os casos de suspeita ou confirmação de violência, de tratamento cruel ou degradante e de grave negligência contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

§ 1º A perda e a suspensão da autoridade parental serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações decorrentes da autoridade parental.

§ 2º A suspensão ou a perda da autoridade parental não dispensa os genitores do pagamento de alimentos, enquanto não ocorrer a adoção.

Art. 47. A entrega voluntária do filho à adoção perante a autoridade judicial, autoriza a extinção liminar da autoridade parental, nos termos do art. 1.635, inc. VI, do Código Civil.

Parágrafo único. O consentimento prestado por escrito não tem validade se não for ratificado na audiência.

Art. 48. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e Adolescência.

§ 1º Equipe interdisciplinar realizará estudo psicológico social e, a depender da concordância da gestante, a encaminhará à rede pública de saúde para atendimento psicoterápico.

§ 2º Apresentado relatório pela equipe interdisciplinar, será designada audiência, a ser realizada em até dez dias após o nascimento.

Art. 49. Desistindo a mãe, após o nascimento, de entregar o filho, na audiência ou perante a equipe interdisciplinar, a criança será mantida junto ao núcleo familiar, determinando-se a realização de acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional.

Art. 50. Manifestando a genitora, perante o Juiz, o Ministério Público, seu advogado ou, em caso de hipossuficiência, um Defensor Público, a vontade de encaminhar o filho à adoção, mantendo o anonimato da gestação, será garantido o direito de não registrar o filho, bem como o sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 do ECA.

§ 1º A autoridade judiciária decretará a extinção da autoridade parental nos termos do art. 1.638, inciso V, do Código Civil, determinando o cancelamento do registro de nascimento, caso o mesmo tenha ocorrido.

§ 2º Imediatamente a criança ou adolescente será colocada sob a guarda provisória para fins de adoção de quem estiver habilitado a adotar aquele perfil.

Art. 51. Quando a mãe indicar o nome e do endereço do genitor, será ele intimado para, em 5 (cinco) dias, reconhecer a paternidade ou concordar com a entrega do filho à adoção.

§ 1º Reconhecida a paternidade e manifestando o genitor o desejo de assumir a guarda do filho, equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou das casas de acolhimento familiar ou institucional, em até quinze dias, apresentará relatório comprovando a presença ou não das condições necessárias para o exercício da autoridade parental ou da guarda.

§ 2º Entregue o filho ao genitor, haverá acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 3º Indicando a mãe a pessoa a quem deseja entregar o filho em adoção, equipe interdisciplinar Justiça da Criança e Adolescente ou dos programas de acolhimento familiar ou institucional, em até 15 (quinze) dias, apresentará relatório comprovando a presença ou não das condições necessárias à adoção.

§4º Concedida a guarda, mediante termo de responsabilidade, haverá acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 5º Não havendo a indicação do genitor ou de pessoa a quem deseje a genitora que o filho seja entregue à adoção, a autoridade jurisdicional decreta a perda da autoridade parental, nos termos do art. 1.638, inciso V, do Código Civil, determinando a colocação da criança ou adolescente sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotar aquele perfil.

§ 7º Decorrido o período de convivência estabelecido pela autoridade judiciária, apresentado laudo favorável pela equipe interdisciplinar, os adotantes deverão propor a ação de adoção, no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 52. Suspensa a autoridade parental e concedida guarda para fins de adoção, cessa o direito de convivência dos genitores e da família extensa.

Capítulo IX **Guarda e adoção**

Seção I **Disposições gerais**

Art. 53. Não se deferirá a guarda ou adoção a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Art. 54. A colocação de criança ou adolescente sob guarda ou adoção será precedida de preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

Art. 55. Quando se tratar de criança ou adolescente indígena, proveniente de comunidade remanescente de quilombo, do povo cigano e de refugiados:

I - é indispensável garantir o direito à vida, respeitados aos direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - é recomendável respeito à sua identidade social e cultural, bem como os costumes e tradições de suas instituições, devendo a concessão da guarda ou da adoção ocorrer, prioritariamente, no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia.

Art. 56. A guarda e a adoção não admitem transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.

Art. 57. Na hipótese em que ocorrer a revogação da guarda, suspensão, perda ou extinção da autoridade parental, será conferida a guarda provisória para fins de adoção a quem se encontre habilitado adotar aquele perfil de criança ou adolescente.

Seção II

Guarda

Art. 58. A guarda destina-se a regularizar a permanência de fato da criança ou adolescente junto a uma pessoa ou núcleo familiar, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Parágrafo único. Em processo de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro, a guarda será concedida para o cumprimento de estágio de convivência, a ser cumprido em território nacional.

Art. 59. Na apreciação do pedido de guarda levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afetividade e o melhor interesse da criança ou do adolescente, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

§ 1º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência que se realizará, preferentemente, pelo sistema do Depoimento Especial.

§ 2º Desde que seja necessário, possível e razoável a oitiva de crianças, o depoimento será colhido pela mesma técnica, devendo ser respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

Art. 60. Quem acolhe criança ou adolescente sob a forma de guarda deverá receber a devida orientação da equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 1º Ao assumir a guarda, o guardião prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.

§ 2º A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros e aos pais.

§ 3º O guardião dispõe de legitimidade para propor ação desconstitutiva da parentalidade, de quem está sob sua guarda.

§ 4º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Art. 61. Excepcionalmente, será concedida a guarda, fora dos casos de adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Art. 62. No procedimento de adoção internacional, a guarda de crianças e adolescentes brasileiros será concedida aos candidatos residentes fora do país, quando houver a comprovação da existência de um vínculo afetivo entre eles.

Art. 63. Deferida a guarda provisória para fins de adoção, o Ministério Público ou quem tiver legítimo interesse promoverá, no prazo de até quinze dias, a ação de destituição da autoridade parental que pode ser cumulada com a ação de adoção.

Art. 64. A perda ou a modificação da guarda pode ser levada a efeito nos mesmos autos em que a guarda foi concedida.

Art. 65. Não se encontrando a criança ou o adolescente em situação de risco, a guarda de fato somente poderá ser revogada, por decisão judicial, após estudo psicológico e social, ouvido o Ministério Público.

Art. 66. Para os efeitos desta Lei, o coordenador ou responsável pelo serviço de acolhimento institucional equipara-se ao guardião, dispondo dos mesmos direitos, deveres e obrigações.

Seção II

Adoção

Art. 67. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes anteriores, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 68. A adoção é medida irrevogável.

Art. 69. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º O consentimento é dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenha ocorrido a suspensão da autoridade parental, no âmbito da ação de desconstitutiva da parentalidade.

§ 2º Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, é necessário o seu consentimento, colhido pelo sistema do Depoimento Especial.

§ 3º Desde que seja necessário, possível e razoável a oitiva de crianças, o depoimento será colhido pela mesma técnica, devendo ser respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

Art. 70. É vedada a adoção por procuração.

Art. 71. Podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Os adotantes devem ser, pelo menos, dezesseis anos mais velhos do que o adotando, podendo o juiz flexibilizar esta diferença de idade.

§ 2º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Art. 72. Para a adoção conjunta, os adotantes não precisam constituir uma entidade familiar, mas é indispensável a comprovação de que existe uma convivência harmônica entre eles.

Art. 73. Quando o cônjuge ou o companheiro adotar o filho do outro, mantêm-se ambos os vínculos de filiação, sob a forma de multiparentalidade, a não ser que exista causa que justifique a desconstituição da autoridade parental do genitor biológico ou não.

Art. 74. Mesmo depois de dissolvido o núcleo familiar é possível a adoção conjunta, desde que o estágio de convivência tenha iniciado na sua constância, sendo comprovada a existência de vínculos de afetividade, e que acordem os adotantes sobre o regime de convivência e o pagamento de alimentos.

Art. 75. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer antes do ajuizamento ou no curso da ação.

Art. 76. Os irmãos pertencentes a um mesmo grupo familiar e que mantenham vínculos fraternos devem ser adotados preferencialmente pela mesma família. Na hipótese de haver dificuldade de inserção de todos em um único núcleo familiar, a adoção poderá ser levada a efeito em famílias distintas, assumindo os adotantes o compromisso de manter os vínculos fraternais.

Art. 77. Quem adotar um adolescente com filhos, no registro constará o adolescente como filho dos adotantes e os seus filhos como netos.

Art. 78. Será dada preferência à adoção dos irmãos que vierem posteriormente a ser acolhidos, a quem já adotou uma criança ou adolescente do mesmo núcleo familiar, não sendo dispensados os demais requisitos legais.

Parágrafo único. Mesmo não ocorrendo a adoção deve ser estimulada a manutenção dos vínculos fraternos.

Art. 79. A adoção será precedida de estágio de convivência pelo prazo que a autoridade judiciária fixar.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a guarda legal ou de fato do adotante durante tempo suficiente para avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º Em caso de adoção por residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumpridos no território nacional será de, no mínimo, 15 (quinze) e, no

máximo, de 30 (trinta) dias.

§ 3º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional, que apresentará, ao final do prazo previsto, relatório acerca da conveniência da medida, recomendando ou não à autoridade judiciária o deferimento da adoção.

Art. 80. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que confere ao adotado o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

Parágrafo único. Caso os adotantes requeiram a modificação de prenome, é obrigatória a oitiva do adotando, preferentemente pelo sistema do Depoimento Especial.

Art. 81. A sentença será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º O mandado judicial será arquivado, sendo cancelado o registro original do adotado.

§ 2º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

Art. 82. A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil de sua residência.

Art. 83. A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no art. 75, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Art. 84. O processo relativo à adoção, assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitido seu armazenamento por qualquer meio virtual, garantida sua conservação para consulta a qualquer tempo.

Art. 85. Após completar 18 (dezoito) anos, o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Art. 86. A morte dos adotantes não restabelece a autoridade parental dos pais naturais.

Subseção I

Registros locais e Cadastro Nacional de Adotandos e Adotantes

Art. 87. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca e nos foros regionais, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, residentes na Comarca ou região.

Parágrafo único. Os registros locais devem ser integrados ao registro regional.

Art. 88. A inscrição de crianças e adolescentes acontecerá quando da suspensão da autoridade parental, ou quando for proferida sentença desconstitutiva do vínculo de filiação, ainda que sujeita a recurso.

§ 1º Será anotada, no registro local, a circunstância de a suspensão ou desconstituição da autoridade parental ter ocorrido liminarmente ou por sentença, sujeita a recurso.

§ 2º Constarão do registro também as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reinserção familiar ou colocação sob guarda ou adoção.

Art. 89. Não é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença de desconstitutiva da parentalidade para a concessão da guarda provisória para fins de adoção.

§ 1º Para a concessão da adoção, os registros locais e regionais prevalecem sobre o Cadastro Nacional de Adoção, salvo decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Art. 90. Esgotadas as possibilidades da concessão da guarda para fins de adoção entre os

habilitados na comarca ou região, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deve ser procedida à inscrição no Cadastro Nacional da Adoção.

Art. 91. A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

Art. 92. Terão acesso aos registros locais e regionais e ao Cadastro Nacional o Ministério Público, os Grupos de Apoio à Adoção, atuantes na Comarca e devidamente inscritos na ANGAAD - Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção e no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente (CMDCA), bem como os candidatos à adoção devidamente habilitados.

Art. 93. Na ausência de pretendentes habilitados residentes no país, será realizado o encaminhamento imediato da criança ou adolescente à Adoção Internacional.

Art. 94. Tanto nos registros locais como no Cadastro Nacional e Internacional, além dos dados de identificação, deverá ser inserida foto e vídeo da criança e do adolescente.

Subseção II

Habilitação dos pretendentes à adoção

Art. 95. O pedido de habilitação à adoção, por pessoa domiciliada no Brasil, será formulado perante a Justiça da Criança e Adolescente de sua residência, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - cópias de certidão de nascimento ou casamento;

II - cópias da cédula de identidade e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;

III - comprovante de renda e domicílio;

IV - atestado de sanidade física e atestado de sanidade mental, firmados por profissionais competentes;

V - certidão de antecedentes criminais;

VI - certidão de distribuição cível.

§ 1º Os registros e certidões necessários são isentos de custas e emolumentos, gozando sua concessão de absoluta prioridade.

Art. 96. Quando somente um dos integrantes do núcleo familiar se candidata à adoção, é indispensável declaração de concordância do outro.

Art. 97. Os candidatos à adoção serão encaminhados à equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente, que deverá elaborar estudo psicológico e social, trazendo subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício da parentalidade responsável.

§ 1º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicológica e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Criança e Adolescente, do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção, que darão ênfase à adoção interétnica, de grupos de irmãos, de crianças ou de adolescentes com deficiência ou necessidades específicas de saúde.

§ 2º A etapa preparatória inclui o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados. Os contatos serão realizados sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Criança e Adolescente, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pelos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 3º Será assegurada prioridade no cadastro às pessoas interessadas em adotar crianças e adolescentes com deficiência, doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos e crianças acima de oito anos de idade.

§ 4º Concluída a etapa preparatória, os adotantes devem indicar o perfil da criança ou adolescente que desejam adotar.

§ 5º A modificação do perfil pode ser levada a efeito a qualquer momento, nos autos do processo de habilitação, mediante comunicação motivada dos pretendentes.

Art. 98. O prazo para a conclusão da habilitação de pretendentes à adoção é de, no máximo, seis meses.

Parágrafo único. A inscrição dos candidatos habilitados à adoção no registro local, regional e no Cadastro Nacional de Adoção deve acontecer no prazo de até quarenta e oito horas.

Art. 99. A habilitação à adoção deverá ser renovada, no mínimo, a cada dois anos mediante avaliação por equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente.

Art. 100. Quando o adotante se candidatar à nova adoção, é dispensável renovar a habilitação, bastando a reavaliação por equipe interdisciplinar, nos mesmos autos.

Art. 101. Após três recusas injustificadas de crianças ou adolescentes, indicados dentro do perfil escolhido, haverá reavaliação da habilitação concedida.

Parágrafo único. A devolução da criança ou do adolescente, depois do trânsito em julgado da sentença de adoção, poderá importar na exclusão do Cadastro Nacional de Adoção e vedação de renovação da habilitação.

Subseção III Adoção internacional

Art. 102. Considera-se adoção internacional aquela em que a pessoa ou núcleo familiar possui residência habitual em um país e deseja adotar criança ou adolescente de outro país, sendo ambos ratificantes da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto Nº 3087 de 21 de junho de 1999.

Art. 103. A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado o Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

I - a inexistência de interessados brasileiros na adoção da criança ou do adolescente, residentes ou não no Brasil, devidamente habilitados à adoção, após consulta ao Cadastro Nacional de Adotantes;

II - que a colocação em família estrangeira é a solução adequada ao caso concreto;

III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interdisciplinar do Juizado da Criança e Adolescente ou da instituição de acolhimento.

Art. 104. A colocação em família estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Parágrafo único. Em caso de adoção por residente ou domiciliado fora do país, o estágio de convivência será de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias, cumpridos no território nacional.

Art. 105. Antes do trânsito em julgado da decisão que concede a adoção internacional, não é permitida a saída do adotado do território nacional.

Art. 106. Haverá cadastro distinto para pretendentes residentes fora do país, com dados fornecidos pelos organismos nacionais e estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional, que será consultado quando existir crianças ou adolescentes disponíveis para adoção, pelas quais não exista interesse de candidatos habilitados no país.

Art. 107. A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional.

Subseção IV Habilitação de residente no exterior

Art. 108. A pessoa ou o núcleo familiar de brasileiros ou estrangeiros residentes no exterior, interessados em adotar criança ou adolescente residente no Brasil, devem formular pedido de habilitação perante a Autoridade Central em matéria de adoção

internacional no país de acolhida, assim entendido como aquele de sua residência habitual.

§ 1º Se a Autoridade Central Federal do país de acolhida considerar que os pretendentes estão habilitados e aptos para adotar, enviará à Autoridade Central Federal Brasileira a decisão fundamentada e o relatório conclusivo que contenham informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e a aptidão para assumir uma adoção internacional.

§ 2º As Autoridades Centrais Brasileiras poderão solicitar complementação sobre o estudo psicossocial do pretendente estrangeiro à adoção, já realizado no país de acolhida.

§ 3º Os documentos em língua estrangeira, acompanhados da legislação estrangeira pertinente, devem ser traduzidos.

§ 4º Se os documentos forem emitidos por autoridades oriundas de país ratificante da Convenção da Haia, a autenticação pela autoridade consular pode substituir a exigência.

§ 5º Verificada pela Autoridade Central Brasileira a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade de dois anos, podendo ser renovado por igual período, mediante a atualização do estudo psicológico e social.

Art. 109. O prazo máximo para a conclusão da habilitação do pretendente residente no exterior para adoção de criança brasileira será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta dias), mediante decisão fundamentada pela autoridade judiciária.

Parágrafo único. Terão prioridade de tramitação os processos de habilitação à adoção em que os pretendentes residentes no exterior se disponham a adotar criança acima de 8 (oito) anos de idade ou adolescentes, com deficiência, doença crônica, ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos.

Art. 110. Transitada em julgado a sentença, a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará de autorização de viagem para obtenção de passaporte, no qual devem constar as características da criança ou adolescente, como idade, cor, sexo, eventuais sinais ou traços peculiares, assim como foto recente e a aposição da impressão digital do seu polegar direito.

Subseção V **Adoção internacional por brasileiro**

Art. 111. A adoção por pretendente brasileiro residente no exterior, em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção tenha sido processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência, será automaticamente reconhecida com o reingresso no Brasil.

Parágrafo único. Quando ocorrer a comunicação ao consulado brasileiro do local onde a adoção foi deferida, é dispensada a homologação da sentença estrangeira junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 112. A adoção por pretendente brasileiro, residente em país não ratificante da Convenção de Haia, deverá ter a respectiva sentença homologada perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 113. O pretendente residente no Brasil, interessado em adotar criança ou adolescente com residência habitual em país ratificante da Convenção de Haia, deve formular pedido

de habilitação à adoção perante a autoridade judicial da comarca de sua residência.

Art. 114. Após o trânsito em julgado da sentença de habilitação, a autoridade judicial da comarca, de ofício, deve remeter os autos do processo para a Autoridade Central Federal, com a indicação do país de origem da criança ou adolescente.

Art. 115. A Autoridade Central Federal enviará o laudo de habilitação à Autoridade Central do país de origem da criança ou adolescente, com vistas à habilitação do pretendente no exterior.

Art. 116. O laudo de habilitação será acompanhado do estudo psicossocial elaborado por equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou da instituição de acolhimento, e de cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência.

Art. 117. Se os documentos forem emitidos por autoridades oriundas de país ratificante da Convenção da Haia, a autenticação pela autoridade consular pode substituir a exigência.

Art. 118. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a sentença de adoção proferida pela autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será informada à Autoridade Central Brasileira, para as providências necessárias à emissão Certificado de Naturalização.

Art. 119. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e não tenha o país de origem aderido à Convenção de Haia, delegado ao Brasil o processo de adoção, este seguirá as regras da adoção nacional.

Subseção VI Organismos credenciados

Art. 120. Os pedidos de adoção internacional podem ser intermediados por organismos credenciados, se assim autorizar a legislação do país de acolhida.

§ 1º Incumbe à Autoridade Central Federal o credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional, publicando nos órgãos oficiais de imprensa e em sítio próprio na internet.

§ 2º É vedada atuação de organismos e entidades, nacionais ou estrangeiros, na intermediação ou assistência de pedidos de adoção internacional, sem o prévio credenciamento da Autoridade Central Federal.

Art. 121. Somente é admissível o credenciamento de organismos que:

I - sejam oriundos de países ratificantes da Convenção de Haia e estejam devidamente credenciados pela Autoridade Central;

II - satisfizerem as condições e forem qualificados para atuar em adoção internacional pelas Autoridades Centrais dos países onde estão sediados e pela Autoridade Central Brasileira;

III - cumprirem os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelas normas estabelecidas pela Autoridade Central Brasileira.

§ 1º Os organismos credenciados deverão ainda:

I - perseguir unicamente fins não lucrativos, nas condições e dentro dos limites fixados pelas autoridades competentes do país onde estiverem sediados, do país de acolhida e pela Autoridade Central Brasileira;

II - ser dirigidos e administrados por pessoas qualificadas, com comprovada formação ou experiência para atuar na área de adoção internacional, cadastradas pelo Departamento de Polícia Federal e aprovadas pela Autoridade Central Federal, mediante publicação de portaria;

III - estar submetidos à supervisão das autoridades competentes do país onde estiverem sediados e no país de acolhida, inclusive quanto à sua composição, funcionamento e situação financeira;

IV - apresentar à Autoridade Central Federal, a cada ano, à contar da data do credenciamento, relatório geral das atividades desenvolvidas, bem como relatório das adoções internacionais efetuadas no período;

V - enviar relatório pós-adotivo semestral para a Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal, pelo período mínimo de 2 (dois) anos ou até a juntada de cópia autenticada do registro civil estabelecendo a cidadania do país de acolhida para o adotado;

VI – encaminhar à Autoridade Central Brasileira cópia autenticada do registro civil, estabelecendo a cidadania do país de acolhida para o adotado;

VII - a não apresentação dos documentos referidos nos incisos IV a VI deste artigo pelo organismo credenciado poderá acarretar a suspensão de seu credenciamento.

Art. 122. O credenciamento de organismo nacional ou estrangeiro encarregado de intermediar pedidos de adoção internacional terá validade de 2 (dois) anos.

Parágrafo único. A renovação do credenciamento poderá ser concedida mediante requerimento protocolado junto à Autoridade Central Federal nos 60 (sessenta) dias anteriores ao término do respectivo prazo de validade.

Art. 123. A cobrança de valores por parte dos organismos credenciados, que sejam considerados abusivos pela Autoridade Central Federal e que não estejam devidamente comprovados poderá acarretar o seu descredenciamento.

Art. 124. É vedado o contato direto de representantes dos organismos credenciados com dirigentes de programas de acolhimento familiar ou institucional, assim como com crianças e adolescentes em condições de serem adotados, sem a devida autorização judicial.

Art. 125. É vedado, sob pena de responsabilidade e descredenciamento, o repasse a organismos nacionais ou a pessoas físicas de recursos provenientes de organismos estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de adoção internacional.

Parágrafo único. Eventuais repasses somente poderão ser efetuados via Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente e estarão sujeitos às deliberações do respectivo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 126. O pedido de credenciamento dos organismos nacionais que desejem atuar em matéria de adoção internacional em outros países deverá ser dirigido à Autoridade Central Federal, observadas as exigências estabelecidas nesta Lei, cujos requisitos, no que couber, serão os mesmos daqueles exigidos dos organismos estrangeiros.

Art. 127. A Autoridade Central Federal pode limitar ou suspender a concessão de novos credenciamentos sempre que julgar necessário, mediante ato administrativo fundamentado.

Art. 128. As Autoridades Centrais Estaduais serão compostas pelos seguintes membros:

I - o Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, que a presidirá;

II – dois juízes das Varas da Infância e Juventude;

V - um Membro do Ministério Público; e

VI - um representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Capítulo X

Acesso à justiça

Seção I

Disposições gerais

Art. 129. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1º A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, por defensor público ou advogado nomeado.

§ 2º As ações judiciais da competência da Justiça da Criança e Adolescente são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

Art. 130. Os menores de 16 (dezesesseis) anos serão representados e os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária somente dará curador especial à criança ou adolescente, quando reconhecer que os seus interesses colidem com os de seus pais ou responsável.

Art. 131. Os dirigentes das instituições de acolhimento, os membros das famílias acolhedoras, o padrinho afetivo, o dirigente dos Grupos de Apoio a Adoção, bem como quem detém a guarda legal ou de fato, têm legitimidade extraordinária para propor qualquer ação, intervir em todas as demandas e representar crianças e adolescentes, na busca da preservação de princípio do melhor interesse.

Art. 132. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, na condição de assistente simples (CPC, art. 119). O advogado será intimado para todos os atos do processo.

Art. 133. Não há restrição na divulgação de atos judiciais que se referem a crianças e adolescentes aptos a serem adotados ou colocados sob guarda para fins de adoção, que se encontram em programa de acolhimento familiar ou institucional, havendo a necessidade de manifestarem concordância com o uso da imagem.

Seção II

Justiça da Criança e do Adolescente

Art. 134. A Justiça da Criança e do Adolescente é competente para:

I - conhecer os encaminhamentos feitos pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

II - apreciar os pedidos de guarda formulados pelos detentores da guarda de fato ou por integrantes da família extensa;

III - processar as ações de perda, suspensão ou extinção da autoridade parental com vistas à adoção;

IV - processar as ações de adoção.

Art. 133. A tutela é regulada pela lei civil, atentando aos princípios desta Lei.

Art. 136. A autoridade judiciária deve impulsionar, de ofício, a tramitação dos processos, podendo determinar o apensamento de ações sempre que reconhecer conveniente para a célere solução da demanda.

Art. 137. Os Estados e o Distrito Federal devem criar, nas capitais e nas comarcas com mais de 100.000 habitantes, varas especializadas e exclusivas da criança e adolescente, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em regime de plantão.

§ 1º Todos os Estados devem ser divididos em regiões, devendo ser criados Juizados Regionais, com competência para fiscalizar a aplicação desta Lei.

§ 2º Todas as varas que detenham a jurisdição da criança adolescente, mesmo varas únicas, disporão de equipe interdisciplinar compostas, no mínimo, por 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social.

Art. 138. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe transprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Criança e Adolescente.

Art. 139. Compete à equipe interprofissional da Justiça da Criança e Adolescente e das instituições de acolhimento institucional fornecerem subsídios, por escrito, mediante

laudos, ou verbalmente, em audiência, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Parágrafo único. Cabe-lhes também desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento e prevenção, sob a imediata subordinação à autoridade judiciária.

Art. 140. Na ausência ou insuficiência de servidores públicos integrantes do Poder Judiciário responsáveis pela realização dos estudos psicológicos e sociais ou quaisquer outras espécies de avaliações técnicas exigidas por esta Lei ou por determinação judicial, poderá o magistrado proceder à nomeação de pessoa idônea, portadora de diploma de curso superior na área específica ou que tenha habilitação técnica relacionada com a natureza do exame, preferencialmente técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, não eximindo os Tribunais da realização de concurso público para o preenchimento dos cargos técnicos.

Seção III Autoridade judiciária

Art. 141. Compete à autoridade judicial da Justiça da Criança e Adolescente:

- I - realizar, dentro dos prazos legais, os atos legais de sua competência;
- II - priorizar todos os procedimentos em que crianças e adolescentes se encontrem em acolhimento institucional;
- III - em caráter liminar ou incidental, decretar a perda, suspensão ou extinção da autoridade parental e conceder a guarda provisória a quem se encontre com a guarda de fato, ou esteja habilitado à adoção com o perfil correspondente.
- IV - semestralmente realizar audiências concentradas, nos estabelecimentos onde se encontram as crianças e adolescentes institucionalizados.

§ 1º Na oportunidade deve manter um contato direto com as crianças, sem a presença de qualquer profissional que trabalhe na instituição, assegurando-lhes o sigilo da conversa, para ouvir eventuais queixas e denúncias.

§ 2º A depender das informações recebidas, deve tomar as providências cabíveis, sempre resguardando a identidade dos denunciante.

Art. 142. Motivadamente, a autoridade judiciária pode investigar fatos e ordenar, de ofício, as providências que entender necessárias, mesmo que a medida não tenha previsão legal.

Seção IV Ministério Público

Art. 143. O membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.

Art. 144. Compete ao Ministério Público:

- I - promover e acompanhar os procedimentos de suspensão e as ações de desconstitutiva da parentalidade, adoção, bem como oficiar em todas as demais demandas da competência da Justiça da Criança e Adolescente;
- II - em caráter liminar ou incidental, requerer a perda, suspensão ou extinção da autoridade parental e a concessão a guarda provisória a quem se encontre com a guarda de fato, ou esteja habilitado à adoção com o perfil correspondente;
- III - inspecionar as entidades públicas e particulares de acolhimento de crianças e adolescentes, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;
- IV - fazer recomendações visando à melhoria dos serviços públicos ou privados voltados à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua adequação.

Art. 145. O Ministério Público pode requerer a instauração de procedimento para apuração de responsabilidades ao constatar o descumprimento das providências e dos prazos previstos nesta Lei.

Art. 146. Nos processos e procedimentos em que não for parte, o Ministério Público atuará obrigatoriamente na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências e fazer uso dos recursos cabíveis.

Art. 147. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Seção V

Advogado ou Defensor Público

Art. 148. É obrigatório o patrocínio por advogado da criança ou adolescente, de seus pais ou responsável, dos guardiões, dos adotantes e de qualquer pessoa que tenha legitimidade para intervir nos procedimentos de que trata esta Lei.

Parágrafo único. Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.

Seção VI

Procedimentos

Art. 149. É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação das demandas previstas nesta Lei, bem como na execução dos atos e diligências judiciais e extrajudiciais a elas referentes.

Art. 150. Nos procedimentos afetos à Justiça da Criança e Adolescente, inclusive os relativos à guarda, adoção, perda, suspensão ou extinção da autoridade parental, aplicam-se subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Art. 151. A competência é determinada:

I - pelo domicílio dos pais ou do responsável;

II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

Art. 152. Os prazos estabelecidos nesta Lei e aplicáveis aos seus procedimentos são contínuos, sem a concessão de prazo em dobro para o Ministério Público e para a Defensoria Pública.

Art. 153. Os pretendentes cadastrados à adoção têm legitimidade para promover ações, quando verificada a ocorrência de inércia ou injustificável demora, bem como de intervir, em qualquer ação, na condição de assistentes simples (CPC, art. 119).

Seção VII

Recursos

Art. 154. Nos processos e procedimentos regulados nesta Lei adota-se o sistema recursal do Código de Processo Civil, com as seguintes exceções:

I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;

II - em todos os recursos o prazo é de 10 (dez) dias corridos;

III – reconhecido pela autoridade judiciária que o recurso é intempestivo, não será remetido à superior instância;

IV - havendo alegação de erro, pode haver pedido de reconsideração.

Art. 155. Contra as decisões interlocutórias cabe recurso de agravo de instrumento, não devendo o prosseguimento da ação aguardar o julgamento do recurso.

Art. 156. A sentença que destitui ambos ou qualquer dos genitores da autoridade parental

fica sujeita à apelação, recebida apenas no efeito devolutivo.

Art. 157. A sentença que defere a adoção produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação, que será recebida exclusivamente no efeito devolutivo, salvo no caso de adoção internacional.

Art. 158. Antes da remessa do recurso à instância superior, deve a autoridade judiciária, sempre que possível, determinar o cumprimento da sentença.

Art. 159. Nos procedimentos de adoção e de destituição de autoridade parental, os recursos serão processados com prioridade absoluta, devendo ser imediatamente distribuídos.

Art. 160. O relator deverá pautar o julgamento, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da conclusão.

Parágrafo único. O Ministério Público, se entender necessário, pode apresentar oralmente seu parecer.

Seção VIII

Ação de perda, suspensão ou extinção da parentalidade

Art. 161. A ação de perda, suspensão ou extinção da autoridade parental deve ser promovida tão logo constatada a impossibilidade de permanência da criança ou adolescente junto ao núcleo familiar e desde que não tenha se apresentado alguém da família extensa pleiteando sua guarda.

Art. 162. Quando o fundamento da ação for situação de abandono, negligência ou maus tratos, colocando em risco outros filhos, a autoridade judiciária dará vista ao Ministério Público para ver da conveniência da inclusão dos demais filhos na ação, decretando a perda, suspensão ou extinção da autoridade parental com relação a todos.

Art. 163. É do Ministério Público a legitimidade para propor a ação de perda ou extinção da autoridade parental, dispondo de legitimidade concorrente os dirigentes das instituições de abrigo, os integrantes das famílias acolhedoras, o padrinho afetivo, bem como quem detém a guarda legal ou de fato da criança ou adolescente.

Art. 164. Consolidada a guarda de fato ou concedida a guarda provisória ao habilitado à adoção, a ação de perda ou extinção da autoridade parental pode ser proposta pelo candidato à adoção, cumulando a ação desconstitutiva da parentalidade com a de adoção.

Art. 165. Encontrando-se a criança ou o adolescente em acolhimento familiar ou institucional, há mais de 1 (ano) ano, a ação pode ser proposta por qualquer pessoa, na condição de legitimado extraordinário.

§ 1º Proposta a ação por qualquer dos legitimados, quem tiver interesse em adotar a criança ou adolescente, pode requerer que lhe seja concedida a guarda para fins de adoção.

§ 2º A autoridade judiciária determinará a realização de estudo psicológico e social pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional.

§ 4º Reconhecido o atendimento dos requisitos à concessão da adoção, será concedida a guarda provisória ao adotante, mediante termo de responsabilidade.

§ 5º Decorrido o período de convivência, o candidato à adoção pode requerer que seja admitido no processo na condição de assistente litisconsorcial (CPC, art. 124).

§ 6º Nesta hipótese a autoridade judiciária ao acolher a ação desconstitutiva da parentalidade pode conceder-lhe a adoção, caso reconheça a conveniência da medida.

Art. 166. O juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das partes, em caráter liminar ou incidental, pode decretar a suspensão da autoridade parental e conceder a guarda provisória a quem se encontre com a guarda de fato, ou esteja habilitado à adoção de criança com perfil equivalente.

§ 1º Antes da concessão da guarda, crianças com idade de expressarem sua vontade e

adolescentes maiores de 12 (doze) anos serão ouvidos em juízo, sendo o depoimento colhido, preferentemente, pelo sistema do Depoimento Especial.

§ 2º Desde que seja necessário, possível e razoável a oitiva de crianças, o depoimento será colhido pela mesma técnica, devendo ser respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

Art. 167. Os genitores serão citados para audiência de instrução e julgamento, quando deverão contestar, apresentar documentos, indicar as provas a serem produzidas e arrolar testemunhas.

§ 1º A citação pessoal pode ser via postal ou por hora certa.

§ 2º Infrutíferas as tentativas de localização do requerido, a citação pode ser realizada por correio eletrônico ou através do uso de aplicativos de internet, na forma regulada pelo Tribunal de Justiça local.

§ 3º Encontrando-se o genitor em local incerto e não sabido, é dispensável o envio de ofícios para sua localização para ser determinada a citação por edital.

Parágrafo único: O prazo máximo será de 10 (dez) dias, em publicação única.

Art. 168. Na audiência todas as partes deverão estar representadas por advogado ou, em caso de hipossuficiência, pela Defensoria Pública.

§ 1º Se estiverem presentes na audiência, será colhido o depoimento pessoal dos pais, de quem detém a guarda e do pretendente à adoção, que for parte no processo.

§ 2º Depois da ouvida das testemunhas, se entender necessário, a autoridade judiciária determinará a realização de estudo psicológico e social dos genitores pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional.

§ 3º É dispensável a apresentação de alegações finais.

§ 4º Após a vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, a autoridade judiciária proferirá a sentença no prazo não superior a 10 (dez) dias.

Art. 169. O prazo máximo para conclusão do procedimento é de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por igual período e uma única vez, mediante justificativa autoridade judiciária

Art. 170. A sentença que decretar a perda, a suspensão ou extinção da autoridade parental será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

Seção IX

Ação de adoção

Art. 171. A ação de adoção deve ser proposta por quem tem a guarda legal ou de fato de criança ou adolescente.

Parágrafo único. Promovida a ação por somente um dos integrantes da entidade familiar, é necessária a expressa concordância do outro.

Art. 172. Caso a autoridade parental dos pais tenha sido suspensa, a ação de adoção pode ser cumulada com a ação desconstitutiva da parentalidade.

Art. 173. Qualquer candidato habilitado pode propor ação de adoção de criança ou o adolescente que se encontre em acolhimento familiar ou institucional e esteja disponível à adoção há mais de 30 (trinta) dias, independente de constar ou não no Cadastro Nacional da Adoção.

§ 1º O juiz pode deferir, liminar ou incidentalmente, a guarda para fins de adoção, a quem propôs a ação.

Art. 174. Proposta a ação de adoção, a autoridade judiciária determinará a realização de estudo psicológico e social pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional.

§ 1º O laudo deve ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 2º . Quando o estudo reconhecer o atendimento dos requisitos à concessão da adoção, a criança ou o adolescente será entregue à guarda provisória do adotante, mediante termo de responsabilidade.

Art. 173. Tem prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência, doença crônica ou necessidades específicas de saúde.

Art. 174 Antes da concessão da adoção, crianças com idade de expressarem sua vontade e adolescentes maiores de 12 (doze) anos serão ouvidos em juízo, sendo o depoimento colhido, pelo sistema do Depoimento Especial.

§ 2º Desde que seja necessário, possível e razoável a oitiva de crianças, o depoimento será colhido pela mesma técnica, devendo ser respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

Art. 175. O prazo máximo para conclusão do processo de adoção é de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por igual período e uma única vez, mediante justificativa fundamentada da autoridade judiciária.

Art. 176. Havendo a concordância dos pais de entregarem o filho a uma família específica e determinada, a ação de adoção será cumulada com a ação desconstitutiva da parentalidade.

§ 1º A autoridade judiciária designará audiência, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, oportunidade em que colherá o depoimento de todos, na presença do Ministério Público, dos advogados das partes ou, em caso de hipossuficiência, da Defensoria Pública.

§ 2º As declarações serão tomadas a termo, garantida a livre manifestação de vontade.

§ 3º Comprovada a preservação do melhor interesse da criança ou adolescente, será deferida a guarda provisória aos adotantes, durante a tramitação da ação.

§ 4º Se os pretendentes à adoção não estiverem habilitados, deverão se submeter a estudo psicológico e social elaborado pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional.

Seção X

Disposições Finais

Art. 178. Acrescenta o inciso VI ao art. 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635.....

VI - pela homologação judicial da entrega voluntária para fins de adoção.

Art. 179. Altera o inciso I e acrescenta o inciso V ao art. 1.638 do Código Civil.

Art. 1.638.....

I - castigar o filho;

.....

V - entregar diretamente o filho a terceiros.

Elaboração:

Maria Berenice Dias (RS)

Silvana do Monte Moreira (RJ)

Colaboradores:

Antonio Carlos Parente (DF)

Carlos Berlini (SP)

Cinara Vianna Dutra Braga (RS)

Fernando Moreira Freitas da Silva (MS)

João Aguirre (SP)

Melissa Veiga (CE)

Patrícia Cerqueira de Oliveira (BA)
Paulo Lépure (SP)
Paulo Lôbo (PE)
Rodrigo da Cunha Pereira (MG)
Sávio Bittencourt (RJ)

Fonte: Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM). Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/anteprojeto%20do%20estatuto%20da%20ado%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em> 17 jul 2017.