

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
SÉRGIO CAETANO DE OLIVEIRA**

ADOÇÃO PÓSTUMA SEM MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA

**FORMIGA – MG
2010**

SÉRGIO CAETANO DE OLIVEIRA

ADOÇÃO PÓSTUMA SEM MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito junto ao Curso de Graduação do UNIFOR-MG.

Orientador: Prof. Doutorando Altair Resende de Alvarenga.

**FORMIGA – MG
2010**

O48

Oliveira, Sérgio Caetano de.

Adoção póstuma sem manifestação judicial prévia / Sérgio Caetano de Oliveira. - 2010.

69 f.

Orientador: Altair Resende de Alvarenga.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)—Centro Universitário de Formiga—UNIFOR-MG, Formiga, 2010.

1. Adoção. 2. Famílias. 3. Criança e adolescente. I. Título.

CDD 346.015

SÉRGIO CAETANO DE OLIVEIRA

ADOÇÃO PÓSTUMA SEM MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA

Monografia de Conclusão de Curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito junto ao Curso de Graduação do UNIFOR-MG.

Orientador: Prof. Doutorando Altair Resende de Alvarenga.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutorando Altair Resende de Alvarenga (orientador)

Prof. Doutorando André Hostalácio de Freitas

Prof. Eniopaulo Batista Pieroni

**FORMIGA – MG
2010**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus pelo dom da vida e pela força nos momentos difíceis, aos meus pais pelo apoio incondicional, à minha namorada Taís pela compreensão nos momentos de falta e aos meus amigos de sala que sempre deram aquela força durante nossa caminhada acadêmica.

“Vou perseguir tudo aquilo que Deus já escolheu pra mim. Vou persistir, e mesmo nas marcas daquela dor do que ficou, vou me lembrar. E realizar o sonho mais lindo que Deus sonhou. Em meu lugar estar na espera de um novo que vai chegar. Vou persistir, continuar a esperar e crer. E mesmo quando a visão se turva e o coração só chora. Mas na alma, há certeza da vitória”. (Pe. Fábio de Melo)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado força nos momentos mais difíceis, guiando-me nos caminhos obscuros e contraditórios.

Agradeço aos meus pais e familiares pelo apoio em todos os sentidos e que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos.

Agradeço à minha namorada por compreender minha ausência em algumas situações e que me serviu de carinho e aconchego, agradeço ainda aos meus amigos e colegas que muito contribuíram ao longo desse período de convivência harmoniosa no ambiente acadêmico.

Agradeço também aos membros da banca examinadora André Hostalácio de Freitas e Eniopaulo Batista Pieroni, sendo cada um importantíssimo na construção do presente trabalho e ainda, facilitadores de ideias no decorrer do curso de Direito e no curso da vida.

Em especial agradeço ao meu orientador, Altair Resende de Alvarenga, que não mediu esforços desde alguns bons anos atrás até os dias atuais em me ajudar naquilo que lhe é possível. OBRIGADO a todos vocês.

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa abordar de maneira didática e de fácil compreensão o instituto da adoção e conseqüentemente a análise do tema central do trabalho, qual seja, a adoção póstuma. Sendo seu propósito demonstrar que algumas circunstâncias socialmente aceitas, as quais são permeadas pela afetividade e familiaridade harmônica nas famílias, sejam reconhecidas mesmo que nesse transcurso tenha havido a morte do interessado, que no presente trabalho, é o pretense adotante, antes de ter início à formalização do pedido de adoção, caracterizando assim a figura da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia. Tal assertiva encontra em total consonância com a doutrina adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quanto com o que preconiza a Constituição da República de 1988 sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Palavras-chave: Adoção. Famílias. Criança e adolescente.

ABSTRACT

This monograph seeks to address in a didactic and easy to understand the institution of adoption and hence the analysis of the central theme of the work, namely the adoption posthumous. Its purpose being to demonstrate that some socially accepted circumstances, which are permeated by the warmth and familiarity harmonic families are recognized even if this course has been the death of the person concerned, who in the present work, is the alleged adopter before the start finalization of the adoption petition, thus characterizing the figure of posthumous adoption without overt judicial authorization. This assertion is in complete accordance with the doctrine adopted by the Children and Adolescents as to what the Constitution calls for the 1988 Republic of the full protection of children and adolescents.

Keywords: Adoption. Families. Children and adolescents.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	16
2.1 Antiguidade.....	16
2.2 Direito Romano.....	16
2.3 Idade Média.....	17
2.4 Idade Moderna.....	17
2.5 Direito brasileiro.....	19
<i>2.5.1 Fase pré-codificada.....</i>	<i>19</i>
<i>2.5.2 Código Civil de 1916.....</i>	<i>20</i>
<i>2.5.3 Lei nº 3.133 de 08/05/1957.....</i>	<i>21</i>
<i>2.5.4 A Lei nº 4.655 de 02/06/1965.....</i>	<i>22</i>
<i>2.5.5 O Código de Menores.....</i>	<i>23</i>
<i>2.5.6 O Estatuto da Criança e do Adolescente.....</i>	<i>24</i>
<i>2.5.7 Código Civil de 2002.....</i>	<i>26</i>
3 TENTATIVA CONCEITUAL SOBRE ADOÇÃO.....	27
4 MODALIDADES DE ADOÇÃO.....	31
4.1 Adoção singular.....	31
4.2 Adoção conjunta.....	32
4.3 Adoção por casais homoafetivos.....	33
4.4 Adoção “à brasileira” ou afetiva.....	36
.....	38
5 DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	39
5.1 Origem da família.....	39
5.2 Origem do direito das famílias.....	40
5.3 Constitucionalização do direito das famílias.....	42

6 PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	46
6.1 Princípios gerais do Direito.....	46
6.2 Princípios constitucionais da família aplicados especificadamente à adoção	47
6.3 Princípio da proteção integral das crianças e adolescentes.....	48
6.4 Princípio da afetividade.....	49
7 FILIAÇÃO.....	51
7.1 A prova da filiação e a admissibilidade da Posse do Estado de Filho.....	54
7.2 Constitucionalização da paternidade socioafetiva – art. 226 § 7º CR/1988. .	56
8 TEORIA DA DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE.....	59
9 ADOÇÃO PÓSTUMA.....	62
9.1 Adoção Póstuma	62
9.2 Adoção Póstuma sem manifestação judicial prévia.....	64
9.3 Posicionamento doutrinário.....	67
9.4 Aplicação prática da adoção póstuma.....	69
10 CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho está dividido em oito capítulos, sendo que cada um buscará formar o juízo do leitor a fim de possibilitar o deferimento da adoção póstuma sem que haja prévio procedimento judicial.

O estudo do instituto da adoção, antes de tudo, merece ter alguns fatores preliminares para sua devida compreensão. Para tanto, no primeiro capítulo o leitor irá se deparar com a evolução histórica que sofreu a adoção, partindo da antiguidade, a qual tinha no instituto a função de perpetuação dos cultos religiosos, até chegar à finalidade que a adoção tem nos dias atuais, que é a possibilidade de outorgar a paternidade cultural àquele que a deseja, primando sempre pelo melhor interesse das crianças e adolescentes.

No segundo capítulo buscará realizar a conceituação de adoção, trazendo à luz do trabalho diversas tentativas conceituais dadas por alguns autores, enfatizando sobre a constante mutação que tal instituto sofre.

No terceiro capítulo serão abordadas algumas modalidades de adoção contidas em nosso ordenamento jurídico, demonstrando sinteticamente as características principais de cada uma. Sendo lembrado da decisão recente do Superior Tribunal de Justiça a respeito da adoção por homoafetivos.

Sequencialmente, no quarto capítulo, encontrará alguns delineamentos a respeito da origem das famílias, desde os tempos que este grupo vivia fundado em fatores econômicos até a família hodierna, fundada principalmente no afeto. Ainda neste capítulo será abordada sobre a origem do Direito das Famílias e posteriormente sobre a constitucionalização destas no direito pátrio.

No capítulo quinto será realizado um estudo dos princípios, os quais vão desde os gerais até aqueles que efetivamente permeiam as famílias contemporâneas, principalmente salientando sobre o princípio da proteção integral das crianças, adolescentes e da afetividade.

No capítulo sexto, será discorrido a respeito da filiação, que se divide em paternidade natural e cultural, sempre com enfoque no caráter socioafetivo, fundada no art. 226, § 7º da Constituição da República de 1988.

No capítulo sétimo, encontra-se a mola propulsora do presente trabalho, que serve de fundamento da paternidade socioafetiva, ou seja, a teoria da Desbiologização da Paternidade de autoria do professor João Baptista Villela, a qual será vista pormenorizadamente.

Por fim, o oitavo e último capítulo, será abordada a adoção póstuma inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que sequencialmente, com utilização de alguns princípios e da teoria da Desbiologização da Paternidade, buscará dar elasticidade ao contido no permissivo legal sobre a adoção póstuma. Será elencado ainda alguns posicionamentos doutrinários e julgados concernentes a matéria.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Antiguidade

Inevitável mencionar que a adoção, nos termos que ensina Artur Marques da Silva Filho (2009, p. 20), em “sua origem mais remota tinha sentido essencialmente religioso, na medida em que visava perpetuar o culto doméstico dos antepassados.”

Fustel de Coulanges¹ *apud* Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2009) ao estudar os povos da Grécia e da Roma antiga, aduz que a adoção atendia aos anseios religiosos, tendo em vista que as civilizações primitivas acreditavam que os vivos eram protegidos pelos mortos. E que nos primórdios o pai transmitia a vida ao filho e, conseqüentemente sua crença, seu culto, o direito de manter o lar, dentre outros. Assim, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguisse, fato este que resultava na continuidade dos rituais da mesma.

Nos termos supradescritos pode-se chegar ao entendimento de que, àquela época, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para manter as crenças da família, garantindo a perpetuidade da religião doméstica, portanto, tinha a adoção finalidade religiosa.

2.2 Direito Romano

Nesse período o instituto da adoção começa a ser traçado em linhas de sistematização, vindo a influenciar nos direitos dos países ocidentais. Foi em Roma que a adoção mais se desenvolveu e onde foi mais utilizada. (GRANATO, 2009, p. 36)

Conforme dispõe Artur Marques da Silva Filho (2009) a adoção busca se afastar daquela finalidade religiosa passando a ter uma finalidade econômica, assim, servia para deslocar mão-de-obra que estava em uma família para outra que dela necessitasse.

¹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1950, p. 73.

2.3 Idade Média

Sob influências da supremacia da Igreja e por contrariar os interesses dos senhores feudais, o instituto da Adoção cai em desuso na Idade Média.

Com propriedade, Henri de Page² *apud* Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 388) aduz que a adoção “na Idade Média caiu em desuso, até que desapareceu completamente”, vindo a ressurgir com o aparecimento do Código de Napoleão.

Valdir Sznick tentando explicar o fato do Direito Canônico ter influenciado na adoção aduz que:

[...] o direito canônico, até certo ponto, combateu o instituto da adoção. E, talvez esta seja a causa da queda espantosa do instituto na Idade Média. [...] Apesar do papa ter autorizado quer por bula quer por escrito, a Igreja entende que a adoção é um concorrente, um rival do matrimônio. (SZNICK, 1988, p. 13-14)

Portanto, fica clara a significância que a Igreja tinha a ponto de colocar em desuso uma modalidade de filiação que já vinha sendo objeto de grande utilidade aos povos, conforme foi abordado nos subitens anteriores.

2.4 Idade Moderna

Valdir Sznick (1988) faz a citação de três legislações que, na época moderna, utilizavam do instituto da adoção, sendo: o Código promulgado por Christian V, na Dinamarca (1683); o Código Prussiano, também conhecido como Código de Frederico, na Alemanha (1751); e o *Codex Maximilianus*, da Bavaria (1756).

Neste período, para haver adoção era necessário contrato escrito, sendo que: a) o instituto era submetido a exame do tribunal, b) análise da existência de vantagem para o adotado, c) estabelecia a diferença de idade, vez que o adotante tinha de ter cinquenta anos, no mínimo, d) o adotado entrava no rol dos herdeiros do adotante e por fim, e) a adoção era irrevogável.

² PAGE, Henri de. *Traité Elementaire de Droit Civil*. Vol. 1, nº 1.023.

A legislação da idade moderna influenciou diretamente no Código Napoleônico, vindo este a contemplar quatro espécies de adoção. Para ilustrar essas espécies, necessário se faz colacionar o rol elaborado por Valdir Sznick, nos seguintes termos:

a) adoção ordinária: permitido às pessoas, de mais de 50 anos, sem filho e com a diferença de mais de 15 anos do adotado; altera o nome; o adotado herda e, apesar de ser contrato, está sujeito à homologação judicial; b) adoção remuneratória: era a dirigida a quem tivesse salvo a vida do adotante; era irrevogável; c) adoção testamentária: permitia ao tutor após 5 anos de tutela; d) tutela oficiosa, em favor dos menores, uma espécie de adoção provisória. (SZNICK, 1988, p. 22)

Em face do acolhimento, supracitado, do Código Napoleônico ao instituto da adoção, este ingressou nas legislações modernas, sendo que os Códigos romeno (1864), italiano (1865) e espanhol (1889), passaram a abordar sobre a adoção. (SILVA FILHO, 2009)

Salienta-se que “em virtude da Primeira Guerra Mundial, a adoção passou preocupar os legisladores, visando amparar os órfãos de guerra.” (SILVA FILHO, 2009, p. 32)

Fato que merece atenção foi o ocorrido na França, que, em inspiradora modificação, a adoção foi alterada pela Lei de 19/06/1923, a qual passou a permitir a adoção de menores e tornando mais completos os seus efeitos. Os legisladores franceses não ficaram estancados a essa alteração, foram além e criaram a legitimação adotiva, sendo que esta repercutiu em diversas legislações, dentre elas a Lei brasileira nº 4.655 de 02/06/1965.

Após permanecer por um curto tempo na legislação brasileira, a legitimação adotiva foi revogada expressamente pelo Código de Menores – Lei nº 6.697 de 10/10/1979, que passou a disciplinar nos arts. 29 a 37 sobre a adoção plena. Como bem observa Artur Marques da Silva Filho (2009, p. 33) “a adoção plena confere ao adotado o *status* de filho legítimo, deixando de pertencer à família de origem, salvo restrições matrimoniais.” (destaque do autor)

Percebe-se, na vida moderna, que há ocorrência de motivações diferentes referentes à adoção, vez que começa a preponderar a ideia de conceder aos que

não tem filhos, especialmente aos casais sem prole, depositar a um estranho, toda carga afetiva que envolve o casal.

2.5 Direito brasileiro

2.5.1 Fase pré-codificada

De acordo com Leila Dutra de Paiva³ *apud* Artur Marques da Silva Filho (2009, p. 34) “do período colonial até meados do século XIX vigorou uma assistência de caráter caritativo, marcada principalmente pelo imediatismo e informalismo, com os mais ricos auxiliando os necessitados”. Constata-se que nessa época existiam as Câmaras municipais que, tendo o consentimento do rei, faziam convênios com as confrarias⁴ das Santas Casas de Misericórdia para colocar em funcionamento as Rodas dos Expostos.

Leila Dutra de Paiva⁵ *apud* Artur Marques da Silva Filho vem explicar o que seria essas Rodas dos Expostos, sendo:

as Rodas dos Expostos também eram conhecidas por Rodas dos Enjeitados. Originaram-se na Idade Média, e no Brasil foram implementadas de acordo com os costumes de Portugal. Eram constituídas por um cilindro giratório no qual os bebês eram depositados na parte que dava para a rua. Logo após, as freiras giravam a roda e pegavam os recém-nascidos sigilosamente, sem que houvesse necessidade de identificar sua origem. Desta maneira, os casais que não podiam ter filhos buscavam uma criança para criar através das Rodas dos Expostos. (SILVA FILHO, 2009, p. 37)

Como se pode analisar, não era realizado nenhum ato formal para que o casal pegasse alguma criança para criar, sendo a mera ida à Roda dos Expostos e tal pleito seria concretizado sem nenhum formalismo.

A primeira lei referente à adoção foi a de 22/09/1828, com tal lei em vigor, transferiu-se a competência para expedição da carta de perfilhamento da Mesa do Desembargo do Paço para os juízes de primeira instância. (GRANATO, 2009)

³ PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção: contribuições da psicanálise à prática do psicólogo judiciário*, p. 20.

⁴ Entenda como sendo associação para fins religiosos; irmandade, congregação.

⁵ PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção: contribuições da psicanálise à prática do psicólogo judiciário*, p. 20.

Quando da elaboração do Código Civil brasileiro, cuja organização coube ao Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, quando tratou do tema família e parentesco, ele esquivou de tratar da adoção.

Não obstante, Teixeira de Freitas, na sua Consolidação, art. 217, assim dispõe sobre adoção:

aos juízes de primeira instância compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos e confirmar as adoções procedendo às necessárias informações e audiências dos interessados, havendo-os. (GRANATO, 2009, p. 43)

Destarte, é no revogado Código Civil de 1916 que o instituto da adoção é sistematizado. Frisa-se que tal marco no instituto em estudo será objeto de esclarecimento no próximo subitem com maiores detalhes.

2.5.2 Código Civil de 1916

Como já referido, é no antigo Código Civil que há sistematização do instituto da adoção, o qual lhe dedica dez artigos, sendo 368 a 378.

Fato que chama atenção são os requisitos contidos nos arts. 368 e 369, que restringem a adoção somente aos maiores de cinquenta anos e que haja entre adotante e adotado, uma diferença mínima de dezoito anos. Por tais requisitos, Artur Marques da Silva Filho (2009) ressalta que o instituto da adoção no CC/1916 é restritivo e desestimulador, simplesmente por esse fato que foi acima apontado.

Entretanto, Clóvis Beviláqua ao fazer observações sobre o art. 368 ele o faz de forma impecável, argumentando que:

O que é preciso, porém, salientar é acção benéfica, social e individualmente falando, que a adopção póde exercer, na sua phase actual. Dando filhos a quem não tem pela natureza, desenvolve sentimentos affectivos do mais puro quilate, e augmenta, na sociedade, o capital de affecto e de bondade, necessario ao seu aperfeçoamento moral. Chamando para o aconchego da familia e para as doçuras do bem estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos [...]. (BEVILÁQUA, 1954, p. 337)

Percebe-se claramente nas lições que referido autor realiza, que o instituto da adoção, já naquela época, visava ao afeto do adotado no seio familiar que seria inserido. Tal sentimento será objeto de estudo em capítulo ulterior com maiores detalhes, sendo, inclusive, o meio pelo qual se justifica o presente trabalho.

A formalização do ato de adoção era realizada por *escritura pública*, em que não se admitia condição nem termo, entretanto, a adoção era passível de ser revogada por vontade do adotando, no momento que este se tornasse capaz, nos termos do disposto no art. 373 do CC/1916.

Ainda com relação a forma de dissolução da adoção, Eunice Ferreira Rodrigues Granato assim dispõe:

[...] podia ainda ser dissolvida nos mesmos casos em que se admitia a deserção, isto é, se o adotado praticasse qualquer ato que a justificasse: ofensas físicas ou injúrias grave contra o adotante; desonestidade da filha que vivesse na casa do pai adotivo; relações ilícitas com o cônjuge do adotante; desamparo deste em alienação mental ou grave enfermidade. (GRANATO, 2009, p. 44)

Nesses termos, posteriormente, ao fazer análise do instituto da adoção nos dias atuais, será visualizada a grande diferença dos institutos.

2.5.3 Lei nº 3.133 de 08/05/1957

Com o advento da Lei nº 3.133/57 o Código Civil de 1916 sofreu algumas alterações, ficando evidenciada a intenção do legislador em incentivar a prática da adoção no país.

Entre as alterações realizadas chama atenção a redução da idade mínima que no CC/1916 era de cinquenta, para trinta anos, conforme disposto no art. 1º da Lei nº 3.133/57, o qual alterou o contido no art. 368 do Código Civil de 1916.

Todavia, para evitar que casais fizessem adoções precipitadas, o legislador inseriu um lapso de cinco anos do matrimônio, para que, efetivamente, pudessem realizar a adoção, referida alteração foi inserida no parágrafo único do art. 368 do CC/1916.

O artigo 369 do Código Civil de 1916, também sofreu alteração, vez que o legislador reduziu a diferença de idade entre adotante e adotando, passando de dezoito para dezesseis anos.

Tais modificações foram tímidas, contudo, foram válidas para que o instituto da adoção galgasse rumo aos melhores interesses do adotado.

2.5.4 A Lei nº 4.655 de 02/06/1965

Referida lei traz novidade importante ao instituto da adoção, vez que estabeleceu a legitimação adotiva, cujos princípios foram recepcionados na adoção plena, que foi implementada pelo Código de Menores – Lei nº 6.697/77.

Conforme essa legislação infraconstitucional, art. 1º, a legitimação adotiva era deferida nos casos em que o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, ou no caso dos pais terem sido destituídos do pátrio poder; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação.

Para o pleito da legitimação adotiva, somente seria conferido aos casais que tivessem, no mínimo, cinco anos de matrimônio, sendo que um dos consortes deveria contar com mais de trinta anos, não podendo ter filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos. Entretanto, tal regra sofre mitigação àqueles que comprovarem a esterilidade de um dos cônjuges, por perícia médica, e a estabilidade conjugal.

Outro grande salto deu o legislador ao estabelecer no art. 7º da lei em comento que, a legitimação adotiva é irrevogável, ainda que dos adotantes venham a nascer filhos legítimos, os quais estão equiparados aos legitimados adotivos, com os mesmos direitos e deveres estabelecidos em lei.

Verifica-se que os legitimados passam a ter os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção. Nesse ponto fica evidente o descompasso que o legislador trilhou, contrariando o espírito da lei, sendo cediço que ainda havia modificações a serem realizadas, uma vez que ainda sim continha diferenciações entre os filhos.

Na parte final da lei, estabelece o legislador o rompimento da relação de parentesco com a família de origem, chama atenção também neste ponto para que perceba que, anteriormente a essa lei, as outras não disciplinavam sobre tal rompimento com a família natural, portanto, há início nesse período a outra característica do instituto da adoção vanguardista.

2.5.5 O Código de Menores

Também conhecido como legislação menorista, instituído pela Lei nº 6.697 de 10/10/1979, absorveu alguns princípios da Lei nº 4.665/65, a qual, como foi estudada anteriormente, institucionalizou a legitimação adotiva, sendo que agora há uma bipartição da adoção em simples e plena.

Como bem lembrado por Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2009), esse Código de Menores primou pela proteção de menores até dezoito anos de idade que se encontrassem em situação irregular.

Assim, dispunha o art. 2º do código em comento, que havia caracterização de irregularidade nos casos em que o menor fica privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória.

Como foi salientado, o Código de Menores criou duas formas de adoção, simples e plena.

A primeira regia-se pelo Código Civil de 1916, devendo ser observado o contido na legislação menorista, sendo necessária autorização judicial, e ainda haver o estágio de convivência, sendo este dispensado se o adotando não tivesse mais de um ano de idade.

A segunda, adoção plena, atribuía a situação de filho ao adotado, fazendo com que este se desligasse de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 307), abordando sobre a adoção plena explica que esta “inseria o adotado integralmente na nova família, como se fosse filho biológico”. Por ela era outorgado ao adotado os direitos sucessórios do adotante, tornando a adoção plena e irrevogável, ainda que dos adotantes viessem a nascer filhos, os quais seriam *equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres*.

A legislação mantinha os mesmos requisitos contidos na Lei nº 4.655/65 para haver a possibilidade de ingresso de casais referente ao pedido de adoção.

Na adoção plena também era necessário o período mínimo de um ano de estágio de convivência do adotando com os requerentes, salienta-se que tal prazo foi diminuído, sendo passível de cômputo, para o estágio de convivência, qualquer

período de tempo, desde que a guarda se tenha iniciado antes de o menor completar sete anos e haja comprovada a conveniência da medida.

Interessante disposição constante no Código de Menores, o qual foi lembrado por Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2009) se refere ao cancelamento do assento de nascimento do adotado, abrindo-se novo registro, por mandado, sendo que era possível mudar, inclusive, o prenome, passando a constar os nomes dos adotantes e seus ascendentes, como se filho fosse daquele casal que o adotou.

Na elaboração do Código de Menores o legislador deu mais um passo na abrangência do instituto da adoção. Verifica-se o contido no art. 20 a possibilidade de haver a adoção simples por estrangeiro, depois de deferida a colocação familiar.

2.5.6 O Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei nº 8.069 de 13/07/1990, alterada pela Lei nº 12.010 de 03/08/2009, introduziu profundas modificações no instituto da adoção, sendo que tal matéria é abordada, especificadamente, nos arts. 39 a 52-D. Preliminarmente cumpre esclarecer que não há mais aquela bipartição de adoção simples e plena, a adoção dos menores de dezoito anos é uma só, a qual gera todos os efeitos da antiga adoção plena. (VENOSA, 2008)

Seguindo a linha de raciocínio de Venosa, insta salientar que o estatuto considera a criança e o adolescente sujeitos de direito, ao contrário do revogado Código de Menores, que dispunha destes como objeto da relação jurídica. (VENOSA, 2008)

Destarte, *o objetivo do estatuto é a proteção integral da criança e do adolescente*, conforme disposto no artigo 1º do referido estatuto. Por conseguinte, o legislador afasta as situações de irregularidade constantes do Código de Menores, para abranger todo menor de dezoito anos, independentemente da situação que se encontrar.

Como a norma legal disciplina sobre criança e adolescente, correta foi a diferenciação dada pelo legislador no conteúdo do artigo 2º, o qual considerou criança aquele até doze anos de idade incompletos e adolescente aquele entre os doze e dezoito anos de idade.

Interessante colocação realizou Munir Cury⁶ *apud* Artur Marques da Silva Filho, ao dissertar sobre a adoção no Brasil, advertindo que:

[...] com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente [...], a adoção adquire nova fisionomia, em tudo semelhante à filiação natural, legitimando os seus pretendentes de forma ampla e responsável, e tornando-os aptos ao exercício da inteira paternidade. (SILVA FILHO, 2009, p. 40)

Fazendo uma abrangência superficial sobre a adoção no Estatuto, pode-se, desde logo, mencionar que a adoção é medida excepcional e irrevogável (art. 39, § 1º), não sendo possível haver tal ato mediante procuração (art. 39, § 2º).

Com relação à idade do adotante, o Estatuto estabeleceu a idade de vinte e um anos, contudo, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, essa idade foi reduzida a dezoito anos, devendo ainda ser observada a diferença de idade do adotante e do adotado, a qual é de dezesseis anos.

Seguindo o disposto no Código de Menores, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, outorgando os mesmos direitos e deveres, mantendo ainda os sucessórios, fazendo com que o adotado desligue totalmente com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Inovação recente no Estatuto foi concernente à possibilidade de adoção ao requerente, independentemente de seu estado civil (art. 42). Caso seja pleiteada a adoção conjuntamente, os requerentes devem fazer a prova do casamento civil ou da manutenção da união estável (art. 42, § 2º).

Disposição que enseja à elaboração do presente trabalho está contida no art. 42, § 6º, referente à adoção póstuma, sendo que tal tema será objeto de capítulo próprio tentando esclarecê-lo sob um novo prisma.

Com o advento da Lei nº 12.010/09, o prazo para estágio de convivência pode, inclusive, ser dispensado, caso o adotando já esteja sob a tutela ou guarda legal daquele que pretende adotar durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (art. 46, § 1º).

A adoção, ao contrário do que era estabelecido anteriormente, que poderia ser realizada extrajudicialmente por escritura pública, agora, necessariamente deve se estabelecer por sentença judicial, a qual será inscrita no registro civil mediante mandado (art. 47). Com base no mandado judicial, o registro original do adotado

⁶ CURY, Munir. *A adoção no Brasil: trajetória rumo ao novo milênio*, Infância e Cidadania 3/80.

será cancelado (art. 47, § 2º), sendo observado ainda que no assento de nascimento do adotado haja a inclusão do nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes (art. 47, § 1º).

Outro ponto que foi esclarecido pelo legislador se refere à possibilidade do adotado buscar conhecer sua origem biológica, conferindo ao mesmo a faculdade de acesso ao processo que se deu a adoção, ressalvando que só poderá realizar tais atos após completar dezoito anos de idade, salvo nos casos dos menores dessa idade que tiverem orientação e assistência jurídica e psicológica (art. 48, § 1º).

2.5.7 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 sofreu significativas alterações pela Lei nº 12.010/2009, citada anteriormente, a qual introduziu profundas modificações no instituto da adoção, sendo que tal matéria era abordada, nos arts. 1.618 a 1.629, entretanto, os arts. 1.620 a 1.629 foram revogados pela referida lei, restando para o Código Civil apenas dois artigos referentes à adoção, sendo que o 1.618 refere-se à competência do ECA, em regulamentar as adoções das crianças e adolescentes.

O que chama atenção no diploma civil é a referência à remessa das adoções dos maiores de dezoito anos, que deverão ser assistidos efetivamente pelo poder público, às regras gerais da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 TENTATIVA CONCEITUAL SOBRE ADOÇÃO

Para iniciar o estudo do instituto da adoção é necessário frisar que se trata de instituto dos mais antigos e integrantes dos costumes⁷ de quase todos os povos, assim, percebe-se que a conceituação de adoção sofre mutabilidades constantes, variando de acordo com a época e as tradições. (GRANATO, 2009)

Nos termos acima expostos referente às mutabilidades ocorridas com o instituto da adoção, vislumbra-se que, de acordo com os influxos da época, a adoção sofre transformações em razão dos costumes e das leis que a disciplinam.

Clóvis Beviláqua (1954, p. 337), autor do projeto do Código Civil de 1916, assim conceitua a adoção: “Adopção é o acto civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.”

Sílvio Rodrigues comenta essa conceituação dada por Clóvis Beviláqua, nos seguintes termos:

[...] não me parece perfeita a definição, porque o vocábulo ‘aceita’, usado pelo consagrado mestre, não reflete bem o comportamento do adotante. Em geral, este é quem toma a iniciativa do negócio. Assim, melhor se diria que a adoção é ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha. (RODRIGUES, 2008, p. 340)

No direito pátrio, inúmeras foram as tentativas conceituais de adoção, dentre aqueles que tentaram tal finalidade, Pontes de Miranda⁸ *apud* Eunice Ferreira Rodrigues Granato, assim se manifestou: “Adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação jurídica fictícia de paternidade e filiação.” (GRANATO, 2009, p. 24)

Avançando sobre o tema, Orlando Gomes⁹ *apud* Eunice Ferreira Rodrigues Granato, disserta sobre a conceituação de adoção com os seguintes dizeres:

Adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do 1º grau na linha reta. (GRANATO, 2009, p. 25)

⁷ Costume é caracterizado pela repetição de usos de determinada parcela do corpo social, à medida que tais usos se tornam obrigatórios, estes convertem-se em costume. Ressalte-se que o costume, por vezes, torna-se instrumento de suma importância ao preenchimento de lacunas no direito escrito. (VENOSA, 2006).

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ed. Borsoi. 1951, v. 9, p. 21.

⁹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1983, p. 340.

Pelo contido na explanação, vislumbra-se que a doutrina começa a dar contornos para o que seria a adoção contemporânea, entretanto, doravante, a adoção será vista sob o prisma constitucional¹⁰ que o legislador constituinte lhe conferiu.

Destarte, o conceito de adoção utilizado nos tempos antigos já não é utilizado nos dias atuais. Com propriedade, Artur Marques da Silva Filho (2009) aduz que posteriormente à Segunda Guerra Mundial, entre outras consequências contemporâneas, houve o tormento das crianças que perderam sua família. Este fato fez reforçar a nova concepção da adoção como meio de instrumento a beneficiar relações parentais de crianças privadas de seus pais biológicos.

Conforme ensinamento de Silvio de Salvo Venosa:

A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico. [...] O enfoque da adoção atual terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes. [...] A adoção é um ato jurídico que estabelece laços de filiação legal entre duas pessoas, *independentemente dos laços de sangue*. (destaque nosso) (VENOSA, 2008, p. 261-263)

No conceito supradescrito, há que se considerar a contemporaneidade dada pelo autor à definição de adoção, refletindo, inclusive, sobre os laços de filiação independentemente da origem biológica, sendo esta independência o objeto pelo qual permeará o presente trabalho monográfico. Frisa-se pela colocação na parte final colacionada a respeito da adoção constituir um ato jurídico.¹¹

Ao abordar sobre o instituto da adoção, Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 392) assim dispõe: “a adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.”

Conforme conceituação de Caio Mário, tem-se que retirar de lição a inserção de uma criança no seio familiar de outra família que não a biológica, ou seja, é o ato

¹⁰ Art. 227. § 6º Os filho, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹¹ Conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009), ato jurídico constitui a manifestação de vontade de determinada pessoa dirigida a efeitos jurídicos que estão previamente desenhados pelo legislador, não havendo espaço para a atividade criadora do interessado para eficácia do ato.

de acolhimento de uma criança que passa a ser considerada como filho daquele que o recebeu.

Relevante fazer a colação dos ensinamentos de João Seabra Diniz¹² *apud* Eunice Ferreira Rodrigues Granato:

Podemos definir a adoção como inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente considerados indignos para tal. (GRANATO, 2009, p. 25-26)

Pelo contido na explicação, merece destaque o fato de o autor tentar ilustrar as situações pelo qual alguém pode vir a necessitar do instituto da adoção, tal fato retrata muito bem a finalidade da moderna adoção saindo daquela busca pela perpetuidade do culto doméstico ao almejado ambiente familiar que favoreça o desenvolvimento de uma criança, vindo esta a receber carinho, atenção, enfim, afeto.

Maria Berenice Dias (2009, p. 434) em feliz colocação aduz que “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. Luiz Edson Fachin¹³ *apud* Maria Berenice Dias (2009, p. 434) arremata argumentando que “trata-se de modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção.”

Em referência à tentativa conceitual supradescrita da autora, já se consegue vislumbrar que a adoção é uma *paternidade voltada*, principalmente, *ao afeto* recíproco de pais e filhos.

Nestes termos é de bom alvitre frisar a importância que a Constituição da República de 1988 deu ao instituto da adoção, mormente, face à igualdade dada aos filhos, independentemente da origem biológica.

Atualmente não cabe mais falar em “filho adotivo”, mas em “filho por adoção” (BERENICE, 2009). A adoção confere ao adotado a condição de filho para todos os

¹² DINIZ, João Seabra. A Adoção – Notas para uma visão global. In *Abandono e Adoção – Contribuições para uma Cultura da Adoção*. I, p. 67.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

efeitos, fazendo com que este desligue dos laços familiares que tinha com seus pais biológicos¹⁴.

¹⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 41. 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, salvo os impedimentos matrimoniais.

4 MODALIDADES DE ADOÇÃO

4.1 Adoção singular

Tal modalidade de adoção é muito utilizada nas famílias hodiernas, sendo usada nos casos em que há alteração de uma das linhas de parentesco, podendo ser materna ou paterna. (BORDALLO, 2006)

Tarcísio José Martins Costa (2004) aduz que após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, há uma grande frequência de ingresso dos pedidos de adoções unilaterais, os quais são, geralmente, formulados pelo marido ou companheiro da genitora da criança.

Imagine-se o caso de um casal que possua filho e que venha a se separar, ficando o cônjuge virago com a guarda do filho, passado algum tempo esta guardiã encontra um companheiro que a auxilie na criação do filho daquela, surgindo, naturalmente, em decorrência desse convívio, sentimento afetivo que vem a fazer com que ambos os companheiros ingressem em juízo para requererem esta filiação socioafetiva. Lembrando que deverá ser observado o consentimento do outro genitor.

Ponto que enseja discussão reside nos casos em que se pleiteia a inserção face ao genitor que é falecido e que reconheceu a paternidade do menor. Diante deste ponto obscuro, Tarcísio José Martins Costa esclarece que:

[...] alguns têm sustentado que quando a criança foi reconhecida pelos genitores, sendo um deles falecido, não é possível a adoção unilateral à míngua do requisito do consentimento, exigido pelo art. 45, que só abre exceção nos casos de serem desconhecidos os pais ou que tenham sido destituídos do pátrio-poder-dever. (COSTA, 2004, p. 91)

Para confirmação da possibilidade de haver a adoção fundada no afeto, interessante trecho deve ser colacionado do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual remete aos ensinamentos de Maria Christina de Almeida, advogada atuante em Direito das Famílias, relativo à filiação socioafetiva, vejamos:

[...] a filiação não é um dado ou um determinismo biológico, ainda, que seja da natureza do homem o ato de procriar. Em geral, a filiação e a paternidade sociais ou afetivas derivam de uma ligação genética, mas esta

não é suficiente para a formação e afirmação do vínculo; é preciso muito mais. É necessário construir o elo, cultural e afetivo, de forma permanente, convivendo e tornando-se, cada qual, responsável pelo cultivo dos sentimentos, dia após dia. (Apelação Cível nº 1.0105.02.060668-4/001 (1), numeração única: 0606684-60.2002.8.13.0105, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 26.04.2007)

Nestes termos, nada mais justo que seja facultado àquele que, efetivamente exerceu a função paterna, em poder ingressar com a ação de adoção e ao final ter reconhecida sua paternidade socioafetiva. Em capítulo posterior será abordado sobre esse tipo de paternidade, a qual se funda não em um fato natural, mas em fato cultural.

Dada a possibilidade de haver adoção independentemente do estado civil do adotante, conforme disposto no art. 42, *caput*, do ECA, permite concluir que, individualmente, podem adotar as pessoas solteiras, viúvas, divorciadas e separadas judicial ou extrajudicialmente.

Em intenso apoio à adoção singular, Catán Vásquez¹⁵ *apud* Artur Marques da Silva Filho, enaltece tal modalidade de adoção sendo:

[...] preferível como adotante uma mulher – solteira, viúva, separada ou divorciada – de acreditada honradez e previsível vocação maternal a um matrimônio de duvidosa moralidade ou com problemas que possam antes ou depois afetar o adotado. (SILVA FILHO, 2009, p. 110)

Tal apontamento elaborado pelo autor alienígena merece destaque, vez que comumente têm-se notícias televisivas e por documentários de mães que criam seus filhos sem ajuda de um companheiro ao seu lado, ou seja, tornam-se totalmente independente de um homem para lhes dar suporte.

4.2 Adoção conjunta

Esta modalidade de adoção encontra previsão legal no art. 42, §§ 2º, 4º e 5º do ECA, com alterações introduzidas pela Lei nº 12.010/09.

Diante desse tipo de adoção, o Estatuto possibilitou a “cônjuges” adotarem o mesmo sujeito conjunta ou individualmente, desta forma, vislumbra-se que o legislador buscou imitar os fatos da natureza, visando a dar pais a quem não tem,

¹⁵ VÁSQUEZ, José Maria Castán, *La mujer adoptante*. Revista Icade 9/115.

criando um estado parental semelhante às condições de fato que, normalmente, desenvolve-se a filiação natural. (SILVA FILHO, 2009)

Assim, para haver a adoção conjunta, o Estatuto consagra a indispensável condição de casados civilmente ou que mantenham união estável, sendo necessário ainda comprovar a estabilidade da família.

Pelo contido no § 4º do art. 42, pode ainda ser deferida a adoção conjunta, excepcionalmente, aos divorciados, aos judicialmente separados e aos ex-companheiros, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, devendo ainda ser observado que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. Referida guarda poderá ser deferida na modalidade compartilhada, desde que fique demonstrado efetivo benefício ao adotando.

Necessário realizar, com o devido respeito ao legislador, um pequeno reparo com relação aos excepcionais casos de haver a possibilidade da adoção conjunta, uma vez que o mesmo outorgou tais prerrogativas aos judicialmente separados, por regras de interpretação, mister que confira tal possibilidade aos separados por direito, abrangendo assim os separados extrajudicialmente, com observância do contido no art. 3º da Lei nº 11.441/2007.

José Luiz Mônaco da Silva¹⁶ *apud* Artur Marques da Silva Filho (2009, p. 119) faz algumas sugestões para observância do que seria estabilidade familiar, aduzindo que “se um casal convive há mais de dois anos ininterruptamente, com relacionamento conjugal (ou concubinário) satisfatório, é lícito supor que o requisito da estabilidade familiar esteja presente.”

4.3 Adoção por casais homoafetivos

Tal modalidade de adoção vem se tornando alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista que o assunto “começa a despontar,

¹⁶ SILVA, José Luiz Mônaco da. *ECA – Comentários*, p. 67.

pois tem aumentado o número de homossexuais que ingressam no judiciário com o pedido de adoção.” (PERES, 2006, p. 145)

Cumpra registrar que não há na legislação brasileira nenhuma menção sobre a possibilidade ou não de haver adoção por um casal homoafetivo.

Nestes termos, não havendo nenhuma disposição legal que proíba a adoção por homoafetivos, não é plausível que o pedido seja negado com fundamento na orientação sexual daqueles que a pleiteiam, havendo tal negativa, estar-se-ia diante de uma afronta à própria CR/1988, uma vez que a mesma veda “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3, IV) e ainda fazendo uma conjugação com o contido no *caput* do art. 5º que determina: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.”

O grande empecilho que parte da doutrina sustenta, a fim de negar esse tipo de adoção, reside no fato do parágrafo 2º do art. 42 do ECA, ser enfático em possibilitar a adoção conjunta aos adotantes que sejam casados civilmente ou que mantenham união estável. Destarte, torna-se interessante fazer remissão ao contido no parágrafo 3º do art. 226 da Constituição da República de 1988, o qual estabelece o reconhecimento da união estável entre homem e mulher. Em igual sentido da CR/1988, o Código Civil de 2002 estabelece em capítulo próprio sobre o casamento, enfaticamente, sobre a união entre homem e mulher.

Portanto, de tais dispositivos pode se inferir, sem maiores esforços, que o casamento, assim como a união estável, só são possíveis entre pessoas de sexos distintos, ou seja, entre homem e mulher.

Nos termos anteriormente expostos e com amparo de Artur Marques da Silva Filho (2009) é de se reconhecer que há dispositivo infraconstitucional eivado de vício de inconstitucionalidade, por haver clara afronta ao princípio da igualdade, destarte, ainda há de se reconhecer uma norma contida no seio da Constituição, inconstitucional.

Ainda seguindo o posicionamento de Artur Marques da Silva Filho extrai-se que:

[...] a norma constitucional que versa sobre a diferença de sexos para que se admita a união estável afronta normas constitucionais de caráter fundamental, por integrarem as cláusulas pétreas. Assim, o que se observa

não é um conflito de princípios, e sim entre uma regra e um princípio, ambos espécies do gênero norma jurídica. (SILVA FILHO, 2009, p. 124)

E arremata:

Quando se trata de normas constitucionais, na análise de cada caso concreto, podem dois ou mais princípios colidir, porque, apesar de possuírem a mesma força impositiva, é em cada caso concreto que se aferirá qual princípio deve prevalecer. [...] Todas as regras constitucionais devem se conformar aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, *traduzindo-se em flagrante inconstitucionalidade as regras, mesmo constitucionais, que agridam tais princípios fundamentais.* (destaque nosso) (SILVA FILHO, 2009, p. 124)

Percebe-se, assim, clara colisão dentro da própria CR/1988 relacionada à formação de família. Não poderia deixar de abordar sobre tal divergência constitucional para poder ingressar sobre a adoção por casais homoafetivos, enfatizando que o deferimento de tal pleito deve fundar no melhor interesse ao menor, afastando assim preconceitos com relação àqueles que buscam a adoção.

Contrapondo às legislações brasileiras, Antônio Chaves¹⁷ *apud* Eunice Ferreira Rodrigues Granato exemplifica a possibilidade de deferimento da adoção nos seguintes termos:

A deputada verde-alemã Claudia Roth defendeu o direito de homossexuais de adotar filho, argumentando que têm condições de oferecer uma atmosfera de amor: estudos feitos nos EUA mostraram que crianças criadas por casais de homossexuais receberam uma boa educação e não se tornaram necessariamente homossexuais. A resolução, aprovada pelo Parlamento Europeu por 159 votos contra 96 foi duramente atacada pelo Papa João Paulo II, no dia 20.02.1994. (GRANATO, 2009, p. 143)

No mesmo sentido entende Mênaco da Silva¹⁸ *apud* Eunice Ferreira Rodrigues Granato assim se posiciona:

A nosso ver, o homossexual pode, sim, adotar uma criança ou um adolescente (e pode, também, assumir sua guarda ou tutela). Mas o deferimento do pedido [...] ficará na dependência de o juiz apurar a conduta social do requerente em casa, no trabalho, na escola, no clube, enfim, no meio social onde vive. (GRANATO, 2009, p. 144)

Assim é de se considerar que o fato ensejador ao deferimento da adoção por casal homoafetivo deve pautar pelo comportamento destes na sociedade e não por orientação sexual do casal. Portanto, o que deverá prevalecer na situação em

¹⁷ CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte : Editora Del Rey. 1995, p. 318.

¹⁸ SILVA, José Luiz Mênaco da. *A família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : Editora Saraivam 1995, p. 116-117.

análise, será sempre o melhor interesse da criança, devendo a autoridade judiciária analisar o caso em concreto e formar sua convicção para julgamento através de estudos interdisciplinares, ou seja, em conjunto com psicólogos, assistentes sociais, e outros que forem preciso.

É de bom alvitre trazer ao presente trabalho notícias da recentíssima decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁹ concedendo adoção de criança a casal homoafetivo, proferida em 27/04/2010, em que a Quarta Turma daquele colendo tribunal, por unanimidade, concede a casal homoafetivo o direito de adoção de duas crianças por um casal de mulheres.

O Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhando o voto do relator Luiz Felipe Brasil Santos, enaltece que nos casos de adoção, sempre deve prevalecer o melhor interesse da criança. Dizendo ainda que tal julgamento seja de suma importância para creditar a dignidade ao ser humano, para o casal e para as crianças.

O Ministro Luis Felipe Salomão ressaltou ainda que o laudo da assistência social recomendou a adoção, assim como o parecer do Ministério Público Federal. Tal ressalva feita pelo ministro vem corroborar com o que foi dito acima, ou seja, a análise do caso concreto com ajuda de estudos interdisciplinares.

Referido ministro entendeu ainda que os laços afetivos que permeiam as crianças e as mulheres são incontroversos e que a maior preocupação delas é assegurar a melhor criação dos menores.

Tal decisão do STJ merece aplausos, vez que ela vem a consolidar aquilo que boa parte da doutrina vem enaltecendo com o passar do tempo. E ainda o excelente trabalho do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tribunal que por unanimidade havia concedido tal pedido de adoção.

4.4 Adoção “à brasileira” ou afetiva

Conforme demonstra Maria Berenice Dias:

há uma prática disseminada no Brasil – daí o nome eleito pela jurisprudência – de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente. (DIAS, 2009, p. 444)

¹⁹ STJ, Quarta Turma. REsp 889.852-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/4/2010.

Lembra Galdino Augusto Coelho Bordallo (2006) que esta figura não pode ser classificada como modalidade de adoção, uma vez que na verdade se trata do registro de filho alheio como próprio.

Tal prática decorre do fato em que os pais naturais cedem seu filho a uma família substituta, esta visando a não regularização formal da adoção, não comparece à autoridade judiciária competente, ao invés disso, basta o suposto pai ou mãe comparecer e declarar perante o oficial do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais que são os pais da criança, em observância aos preceitos disciplinados pela Lei de Registros Públicos.

Diversos fatos levam pessoas a praticarem a adoção à brasileira, Galdino Bordallo lembra alguns:

Não desejarem que o fato seja exposto em um processo, achando que assim agindo a criança nunca saberá que foi adotada; receio que a criança lhes seja tomada ao proporem a ação, considerando a existência do cadastro que deve ser respeitado; medo de não lhes ser concedida a adoção. (BORDALLO, 2006, p. 239)

Como exemplificado, fica claro o receio que os pretensos adotantes têm, vindo a assumir um risco em praticar ato que o ordenamento jurídico tipifica como crime²⁰. Ainda que tal ato constitua crime, como bem salientado por Maria Berenice Dias (2009, p. 444) “não havido condenações, pela motivação afetiva que envolve sua prática.”

Nestes termos, surge a figura do afeto, sendo o mais importante sentimento que permeia as relações familiares, pois lhe dá sustentação. É através do afeto que se mantém as relações conjugais e paterno-filiais, na sua falta a família estará fadada ao insucesso.

²⁰ Código Penal. Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

5 DIREITO DAS FAMÍLIAS

5.1 Origem da família

Seguindo os ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p. 8) necessário constar que “etimologicamente, a expressão *família* vem da língua dos oscos, povo do norte da península italiana, *famel* (da raiz latina *famu*), com o significado de *servo* ou *conjunto de escravos pertencentes ao mesmo padrão*.” (destaque dos autores)

No decorrer do tempo essa conceituação de família foi dando lugar a outra, fundada em uma concepção múltipla, pluralista, a qual se vincula a traços biológicos ou socioafetivos, com a finalidade precípua de buscar o desenvolvimento da personalidade de cada integrante da família. (FARIAS e ROSENVALD, 2008)

Abel Fleitas Ortiz de Rozas e Eduardo G. Roveda²¹ *apud* Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, explicam com propriedade que:

[...] em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciada pelas circunstâncias de tempo e lugar. Isto implica em reconhecer ao fenômeno familiar em permanente processo de mudança, evolução. (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 8)

Não se pode olvidar a respeito da constante mutação sobre o que vem a ser família. O renomado autor Sílvio de Salvo Venosa (2008) dispõe que a sociedade hodierna pressupõe e define família de maneira variada das civilizações passadas.

Friedrich Engels²² *apud* Sílvio de Salvo Venosa, estudando a origem das famílias ensina que:

[...] no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que o alimentava e a educava. (VENOSA, 2008, p. 3)

²¹ ROZAS, Abel Fleitas Ortiz de; ROVEDA, Eduardo G., *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires : Lexis Nexis, 2004, p. 11.

²² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

No curso da história, o homem começa a perceber a necessidade de haver relações individuais, dando exclusividade ao seu par, daí o surgimento do que comumente conhecemos como monogamia.²³

A partir do momento que as famílias abarcam a característica monogâmica, elas começam a visar a um fator econômico de produção dentro de seus próprios lares, vindo então a surgir as pequenas oficinas domésticas. (VENOSA, 2008)

Nessa trilha histórica, depara-se com alteração dessa família que, até então se caracterizava como sendo monogâmica e que cultivava seus trabalhos em casa, com o advento da Revolução Industrial, gerando mais alterações, as quais contribuíram para o surgimento de um novo modelo do que vem a ser família.

Esta deixa de ser unidade de produção para passar a ser a instituição que conhecemos atualmente, como sendo família voltada aos valores morais, *afetivos*, buscando sempre a primazia dos interesses de seus membros.

Ao abordar sobre família nos dias atuais, necessário se torna dar ênfase ao afeto, tendo em vista que este, nas palavras de Maria Berenice Dias (2010), é a “mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências que necessitam se integrar no sistema normativo legal.”

5.2 Origem do direito das famílias

A respeito de ter uma visão sobre a origem do direito das famílias, Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 20) aduz sobre a primeira lei do indivíduo fazendo com que este se estruture enquanto sujeito e proporcione o acesso à linguagem e conseqüentemente à cultura. Referida lei denomina-se “Lei do Pai”, a qual disciplina que o incesto²⁴ é o sustentáculo de todas as proibições.

Forçoso destacar que a família foi, é, e continuará sendo o núcleo das sociedades, uma vez que sem família se torna impossível haver organização social ou jurídica, sendo ela o princípio de tudo. (PEREIRA, 2009)

²³ Seguindo os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2009), trata-se de uma regra restrita à proibição da realização de relações extra familiares. Nessa concepção preocupou o legislador em tipificar a bigamia conforme contido no art. 235 do Código Penal.

²⁴ Entenda-se o incesto como sendo a relação sexual ou marital existente entre parentes consangüíneos.

O quão é relevante a família para a sociedade que, inclusive quando foi feita a Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁵, esta a disciplinou. Destarte, nos termos da disposição contida na declaração, torna-se imperioso destacar a proteção da família pela sociedade e pelo Estado.

Nos trilhos da referida declaração, o Poder Constituinte Originário²⁶ deu redação ao contido no art. 225 no mesmo sentido do contido no art. 16 III da declaração supracitada, ou seja, colocando a família como base da sociedade, tendo o Estado como seu protetor. O contido na Constituição da República de 1988 será analisado pormenorizadamente no próximo subitem.

Importante destacar ainda sobre a transitoriedade que as famílias contemporâneas suportam vez que a sociedade se encontra em grande processo evolutivo. Assim, Maria Berenice Dias (2009, p. 29) com propriedade, aduz que: “A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante *oxigenação das leis*.” (destaque da autora)

Contudo, as mutações necessárias, ocorridas no direito das famílias devem ser cuidadosamente bem estruturadas, tendo em vista que, tratando de família, estará intimamente trabalhando com afeto, que, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Uma das maiores evoluções do Direito de Família no Brasil nas duas últimas décadas foi ter elevado à categoria de valor jurídico o afeto. De simples valor jurídico ele ganhou *status* e categoria de princípio jurídico, com toda a força normativa que deve decorrer dos “princípios”, como uma das mais importantes fontes do Direito. (destaque do autor) (PEREIRA, 2009, p. 90)

Por conseguinte, ao se tratar do direito das famílias, deve-se fazer um estudo minucioso do tema, tendo em vista que estará num campo com “reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade.” (DIAS, 2009, p. 29)

Tendo em vista a proteção do Estado sobre as famílias, conforme referido acima, aquele deve sopesar os limites de sua intervenção nesta, uma vez que:

²⁵ Art. 16. III - A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

²⁶ Poder Constituinte Originário é aquele que estabelece uma nova Constituição para o Estado, no qual tem atribuição de organizar e criar poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. (MORAES, 2006).

[...] é preciso demarcar o limite da intervenção do Direito na organização familiar para que as normas estabelecidas por ele não interfiram em prejuízo da liberdade do *ser* sujeito. (destaque do autor) (PEREIRA, 2003, p. 3).

5.3 Constitucionalização do direito das famílias

A necessidade de inserção deste subitem se torna indispensável pelo fato de, historicamente, haver desrespeito à atual norma constitucional, fato que, nos dias atuais, revela-se inimaginável.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009) atentos a inversão valorativa a qual se firmou pós-1988, aduzem que o Direito Constitucional se distanciou da ciência política e se avizinhou das necessidades humanas reais, concretas, arraigado sobre uma fecunda teoria constitucional.

Ainda seguindo os preceitos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009), insta salientar que a Codificação de 1916 sob concepção individualista e voluntarista, influenciada pelo Código Napoleônico e do BGB Alemão, primava pela extinção dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Nestes termos, surgia a necessidade de garantir valores individualistas, conferindo à legislação privada nítida feição patrimonialista.

O Código Civil de 1916, com essas pretensões de proteção individualista:

[...] almejava a completude, pretendia reger todas as situações jurídicas de interesse da pessoa humana. Ou seja, a Codificação Civil de 1916 pretendia se consagrar como verdadeira “constituição do direito privado”. O equívoco dessa concepção, ainda adotada por alguns, é evidente, por relegar a norma constitucional, situada topologicamente no vértice do sistema, a elemento subsidiário de integração, aplicável na ausência de norma específica e depois de frustrada a tentativa interpretativa. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 22)

Pelo contido nessa exposição, nítida é a intenção equivocada de colocar a Codificação Civil em patamar igual ao da Constituição da República, deflagrando, assim, uma evidente subversão hermenêutica²⁷.

²⁷ R. Limongi França (2008, p. 19) aduz que não se pode confundir interpretação com hermenêutica, vez que esta é uma “parte da ciência jurídica que tem por objeto o *estudo* e a *sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize*, de modo que seu escopo seja alcançado da melhor maneira”. Por outro lado a “interpretação [...] consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais.” (destaque do

A Codificação Civil de 1916 se viu limitada à matéria tão complexa que é a regulamentação particular, fato este que começa a intensificar o processo legislativo em matéria civil, formando assim os chamados microssistemas jurídicos. Conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2009) trata-se do fenômeno conhecido como descodificação do direito civil, tal circunstância retira matérias inteiras da codificação, passando a estar disciplinadas em diplomas legais específicos, como por exemplo a Lei de Registros Públicos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

Em consequência dessa deflagração do Diploma Civil houve, a partir disso, a migração dos princípios gerais para o Texto Constitucional, nestes termos a Constituição da República de 1988 assumiu um papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, propriedade e inclusive dos núcleos familiares, conforme se pode visualizar, neste último exemplo, o art. 226 e seguintes da CR/1988.

Gustavo Tepedino²⁸ *apud* Maria Berenice Dias, no mesmo sentido de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, aduz que:

a intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. (DIAS, 2009, p. 36)

Diante disso, cabe ao intérprete em sua atividade realizar a leitura do Código Civil de 2002 voltado para o que preconiza a Constituição da República de 1988 e, nos termos do presente trabalho, qualquer norma jurídica de direito das famílias necessita da presença de fundamento de validade constitucional, em outras palavras, ao abordar sobre o tema de direito das famílias, contido no CC/2002 e em outras legislações pertinentes²⁹, deverá sempre voltar os olhos ao contido na CR/1988.

Maria Berenice Dias (2009, p. 36) reforça o contido acima ao argumento que “agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de

autor)

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21.

²⁹ Entre outras legislações pertinentes à matéria de família, cita-se: Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 5.478/68 que dispõe sobre Alimentos; Lei nº 6.515/77 que dispõe sobre a dissolução do casamento

fundamento de validade constitucional. Essa é a nova tábua de valores da Constituição Federal.”

Com incrível segurança nos argumentos, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald enfatizam o novo modelo de família consagrado pela CR/1988 nos seguintes termos:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura sócio-afetiva, forjada em laços de solidariedade. (destaque dos autores) (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 9)

Assim, até a promulgação da Constituição da República de 1988 apenas as famílias resultantes do casamento contavam com a proteção do Estado, felizmente, nos dias atuais, ainda que timidamente, surge a proteção também à união estável entre homem e mulher, bem como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme se vislumbra na leitura do art. 226, §§ 3º e 4º da CR/1988.

À vista de todo exposto, a entidade familiar pós Constituição de 1988, deve ser visualizada como um grupo familiar fundado em laços de afetividade, ao contrário do que era em situações pretéritas em que a família era atrelada a um núcleo econômico e reprodutivo.

6 PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

6.1 Princípios gerais do Direito

Insta salientar que toda forma de visualizar o direito deve se partir da ótica voltada à Constituição da República, tendo em vista que esta, nas palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 56), é uma “verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF 5º § 1º)”.³⁰

Nestes termos, a CR/1988 estabelece os princípios gerais, uma vez que tais não disciplinam uma matéria específica, ou seja, “os princípios gerais do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.” (SILVA, 2009, p. 92)

Portanto, alhures, será abordado sobre o princípio da afetividade, em que o mesmo não se encontra expresso no texto constitucional, contudo, será observado que tal princípio está implicitamente em consonância com a CR/1988.

Nos dias atuais, o estudioso do direito, não pode estabelecer o sistema normativo em seus termos codificados, cabe ressaltar que:

[...] no estágio atual (pós-positivismo), com a consagração nos textos constitucionais, finalmente os princípios atingem o seu auge normativo, passando a serem tratados como espécie de norma jurídica. (NOVELINO, 2008, p. 89)

A notável importância em que os princípios constitucionais se consagram no ordenamento jurídico é tão intensa que estes são “considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa.” (DIAS, 2009, p. 56)

A normatização do direito, com o passar do tempo, tende a não suportar as necessidades da sociedade, visto que as situações jurídicas estão em constante mutação, ou seja, não deve o ordenamento jurídico ficar adstrito à normatização legal, tendo em vista que as regras jurídicas se mostram limitadas, tímidas para prestar auxílio aos comandos contidos na Constituição, para tanto é necessário a utilização cada vez mais constante dos princípios constitucionais.

³⁰ Art. 5º §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008) argumenta que o ato de violar um princípio é mais gravoso que transgredir uma norma.

6.2 Princípios constitucionais da família aplicados especificadamente à adoção

A especificação que é tratada há alguns anos seria intolerável, vez que ao discorrer sobre instituições privadas teria o intérprete de realizar o estudo voltado às disposições patrimonialistas contidas no Código Civil de 1916. (FARIAS e ROSENVALD, 2008)

Por conseguinte, conforme exposição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] o Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado, para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais (nos arts. 226 e 227, por exemplo, a Constituição disciplina a organização da família). Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional. (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 29)

Nestes termos é notável a forma que a Constituição da República de 1988 tomou para si a necessidade de disciplinar sobre as necessidades humanas e, especialmente ao que interessa ao presente, o cuidado com os direitos pertinentes às famílias, conforme se observa, *verbi gratia*³¹, ao contido dos arts. 226 a 230 do texto constitucional.

Pelo acima exposto e ao fazer o estudo do direito das famílias contido na CR/1988, percebe-se a presença e a ausência de alguns princípios, nestes termos pode-se destacar que:

[...] a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais *implícitos*, cabendo destacar que inexistem hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos. É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. (destaque da autora) (DIAS, 2009, p. 59)

Destarte, caberá discorrer sobre o princípio contido no art. 227 § 6º da CR/1988 – igualdade jurídica dos filhos, sendo vedada quaisquer designações

³¹ Entenda como sendo a expressão latina utilizada para substituir: Por exemplo. (NETTO, 2005, p. 682)

discriminatórias. E como não poderia de ser, será abordado ainda sobre o princípio especial da afetividade. Este será o fio condutor de toda construção deste trabalho.

6.3 Princípio da proteção integral das crianças e adolescentes

Pelo contido no artigo 227 da CR/1988, vislumbra-se a asseguaração às crianças e adolescentes do 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 comunitária.

Conforme se pode observar ao contido no § 6º do art. 227³² da CR/1988 tal disposição surgiu a fim de consagrar a vedação às referências discriminatórias entre os filhos, independente de sua origem filiatória. Maria Berenice Dias (2009) aduz sobre a vulnerabilidade e fragilidade dos menores de 18 anos, uma vez que estes se encontram em desenvolvimento, merecendo, assim, tratamento especial no ordenamento jurídico.

Nos termos supramencionados, é de bom alvitre que entenda a palavra “filho” em seu sentido mais amplo, vez que não há que se falar em filho legítimo, ilegítimo, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Outrossim, não interessa a ancestralidade da criança, o que deverá ser observado é seu ingresso na família nos diversos modos que isso poderá acontecer, dando relevância ao afeto que surge entre os membros daquela família, sempre com observância no princípio da afetividade.

Em abordagem sobre afeto, Paulo Luiz Netto Lobo³³ *apud* Maria Berenice Dias (2009. p. 68) expressa que “o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da família. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.”

³² Reza o § 6º do art. 227 – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Família, relações de parentesco, direito patrimonial, In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). *Código Civil comentado*. São Paulo : Atlas, 2003. v. 16.

6.4 Princípio da afetividade

O afeto vem se tornando o eixo caracterizador sentimental nas relações familiares nos últimos anos, tendo em vista que a família deixa de lado o caráter de ser fundada como unidade econômica/patrimonialista, passando a se fundamentar em afeto e solidariedade.

Buscando sedimentação para o real valor que o afeto possui no Direito das Famílias, não se pode deixar de mencionar o professor João Baptista Villela (1980, p. 49) que, com propriedade, aduz ser “as transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo.”

Registra-se que o vínculo nascedouro entre as pessoas que convivem como pais e filhos se inclui nas relações de fato baseadas no *afeto*, capazes de serem juridicamente reconhecidas.

Voltando os olhos ao que interessa no presente trabalho, é fundamental que, para caracterização do afeto, leve em consideração o soberbo papel que tal possui nas relações familiares, nesse sentido Heloísa Helena Barboza nos ensina que:

O estudo da questão deve levar em conta: (a) o importante papel que o afeto tem nas relações familiares, especialmente na construção de vínculos como o do casamento, da união estável e do *parentesco*; (b) a expansão do afeto, surgido no espaço eminentemente privado, para o espaço público, assumindo as pessoas funções sociais que autorizam o reconhecimento jurídico das relações assim criadas; (c) a conseqüente permanência dos efeitos jurídicos dos vínculos gerados pelo exercício dessas funções, atendidos determinados requisitos, ainda que findo o afeto que os originou. (destaque nosso) (BARBOZA, 2009, p. 28)

A autora ainda arremata dizendo que “a verdadeira família é uma comunhão de afetos, antes de ser um instituto jurídico.” (BARBOZA, 2009, p. 29)

Até o momento se buscou dar consistência ao afeto nas relações familiares, contudo, merece destaque a não previsão no texto da Constituição da República de 1988 da palavra afeto. Isso não quer dizer que este não esteja inserido implicitamente em seu texto – urge lembrar o contido no subitem anterior sobre a igualdade dada pelo legislador aos filhos, vedando qualquer discriminação entre eles.

Nestes termos, Belmiro Pedro Welter³⁴ *apud* Maria Berenice Dias (2009, p. 69), aduz que “com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva”.

Portanto, é de se reconhecer que a família dos dias atuais deixa de ser aquela voltada aos aspectos econômicos para se tornar uma entidade dirigida ao afeto e solidariedade entre seus membros, tornando assim um porto seguro para aqueles que a compõe. Com o reconhecimento do afeto nas relações familiares ocorreu um verdadeiro alargamento conceitual da família, que passou a ser tida como um espaço de afetividade, carinho e compreensão, enfim, baseada nos sentimentos de seus membros, destinada a realizar os anseios de felicidade de cada um.

³⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 59-86.

7 FILIAÇÃO

Cumprе ressaltar a importância dada ao tema por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 471), nos seguintes termos “é certo e incontroverso que, dentre as múltiplas relações de parentesco, a mais relevante, dada a proximidade do vínculo estabelecido e a sólida afetividade decorrente, é a filiação.”

Filiação consiste na relação de parentesco estabelecida entre pais e filhos decorrente do vínculo natural (consanguíneo) ou cultural (socioafetivo), e criando inúmeras consequências jurídicas, dentre elas, por exemplo, a sucessória.

Paulo Lôbo³⁵ *apud* Clever Jacobá (2009) anuncia que filiação “é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial.”

Dada a insigne relevância à filiação, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald a destacam que:

Essa nova concepção de filiação impõe uma nova arquitetura ao instituto, que passa a ser compreendido como instrumento garantidor do desenvolvimento da personalidade humana. Os filhos não podem sofrer diferentes efeitos em razão de terem nascido de uma relação matrimonial, ou não. Promoveu-se, desta maneira, uma total desvinculação, um desatrelamento completo, entre a filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores. (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 472)

Notório o tratamento que foi dado à filiação na Constituição da República de 1988. Chama a atenção o contido no art. 227, § 6º ao estabelecer a igualdade vultosa entre os filhos, rechaçando qualquer conduta discriminatória relativa aos mesmos.

Entretanto o Código Civil de 2002, parecendo não acompanhar os avanços contemporâneos, insiste em realizar a dicotomia entre os filhos. Consta no referido *codex* o capítulo denominado “Da Filiação” disciplinado nos arts. 1.596 a 1.606, os quais abordam especificamente dos filhos nascidos na constância do matrimônio, por conseguinte, em sequência se depara com o capítulo “Do reconhecimento dos

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil - Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

filhos” constante nos arts. 1.607 a 1.617, tratando dos filhos havidos fora do casamento.

Tentando explicar essa disposição do legislador ordinário, Maria Berenice Dias aduz que:

a diferenciação advém do fato de o legislador ainda fazer o uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento. 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 ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar. (DIAS, 2009, p. 321)

Cediço que com o nascimento ocorre a inserção da criança no seio de uma família. Tal inclusão da criança se justifica pelo fato da total impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo, sendo necessário lhe conferir cuidados com a criação, sustento, educação, desenvolvimento físico e psicológico. Destarte, à vista dessa dependência, surge um elo de dependência para efetivação do pleno desenvolvimento da criança. Portanto, caracterizada está a imprescindibilidade da família, que passa a ser um ponto de referência àquela criança. (DIAS, 2009)

Destes cuidados prestados pela família à criança, começa a emergir o sentimento de afeto recíproco entre os membros daquele grupo familiar.

Com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988 a compreensão das famílias sofreu significativas alterações, sendo alargada sua caracterização, outorgando a proteção não só àquelas estabelecidas pelo casamento, como também reconhecida como família a união estável, advinda da união entre homem e mulher, e a família monoparental, sendo a família formada por um dos pais com sua prole. (DIAS, 2009)

Relevante observação Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 244) faz sobre essas alterações realizadas pelo legislador constituinte, uma vez que este:

[...] culminou por vedar qualquer qualificação relativa à filiação. Desse modo, a terminologia do Código de 1916, filiação legítima, ilegítima e adotiva, de vital importância para o conhecimento do fenômeno, passa a ter conotação e compreensão didática e textual e não mais essencialmente jurídica.

Por haver esse afastamento de qualificações relativas à filiação, Maria Berenice Dias (2009, p. 324), elenca os novos conceitos que devem ser objeto de

estudos relativos à filiação, sendo a filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. E exalta que “o conceito de paternidade, que passou a compreender o *parentesco psicológico*, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.” (destaque da autora)

Por essa colocação da referida autora, merece destaque a referida teoria criada pelo professor João Baptista Villela, *Desbiologização da Paternidade*, que consagra a supremacia da paternidade socioafetiva entre pais e filhos não biológicos, que engendraram uma filiação psicológica.

Interessante observação é feita por Maria Berenice Dias (2009, p. 324) ao mencionar que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica.”

Nestes termos é de reconhecer a boa colocação relativa à paternidade feita pela autora, uma vez que não basta ser genitor, é necessário que este seja uma pessoa que dê cuidados, atenção, afeto, enfim, colocando em prática ações que visem ao melhor interesse da criança. Desta forma se estará diante daquilo que foi dito por Maria Berenice Dias, que toda paternidade é socioafetiva, independentemente da origem da criança, estando assim enraizada em todas as espécies de filiação.

Sobre tais circunstâncias João Baptista Villela é enfático sobre o tema

Note-se, entretanto, que a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um *fato cultural*. [...] O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua total rejeição. (destaque nosso) (VILLELA, 1980, p. 45)

Diante da amplitude conceitual dada pela CR/1988 à filiação, relevante destacar sua manifestação de formas distintas, não havendo cabimento realizar qualquer espécie de distinção referente ao instituto.

7.1 A prova da filiação e a admissibilidade da Posse do Estado de Filho

Com base no Código Civil de 2002, art. 1.603, a prova da filiação se dá pela certidão do termo de nascimento registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Assim, todo nascimento realizado no território nacional deverá ser levado ao Cartório competente a fim de ser registrado, com atenção ao contido na Lei nº 6.015/73.

Há de convir que o registro feito no Cartório não seja, por certo, o único meio capaz de provar a filiação, nesse sentido o próprio Código Civil elenca um rol exemplificativo de algumas possibilidades de haver essa prova³⁶.

Comumente, para descobrir a filiação, utiliza-se de perícias e exames médicos, *verbi gratia*³⁷, o exame de DNA, para servir de justificativa a evidenciar a filiação. Outros meios probatórios também podem ser utilizados, como por exemplo, testemunhas e juntada de documentos, os quais não têm a mesma precisão técnica do exame de DNA, mas que servirão para formação do conjunto probatório nos autos. A doutrina convencionou em chamar de dessacralização do DNA, ficando claro que este não é um meio de prova absoluto, embora seja bastante importante para comprovação biológica de filiação. (FARIAS e ROSENVALD, 2008)

Mesmo que em algum caso concreto seja realizado o exame de DNA e pelo resultado de tal não fique comprovado o vínculo biológico entre pais e filho, havendo entre eles um convívio harmonioso, não que dá valor a essa modalidade de prova, sendo conveniente que proceda ao reconhecimento da filiação fundada no afeto. Como bem lembra Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p. 480) “é que, apesar da determinação da origem biológica, o vínculo de filiação pode ser determinado através do tratamento dispensado no cotidiano, enfim, da afetividade.”

Desta forma, “a lei, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se chama de

³⁶ Estabelece o art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

³⁷ Entenda como sendo a expressão latina utilizada para substituir: Por exemplo. (NETTO, 2005, p. 682)

posse de estado de filho, estado de filho afetivo ou filiação socioafetiva.” (DIAS, 2009, p. 324) (destaque da autora)

Mister ficar claro que “quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à realidade, detém o que se chama de *posse de estado*.” (DIAS, 2009, p. 337) (destaque da autora)

Belmiro Welter³⁸ *apud* Maria Berenice Dias (2009, p. 337) esclarece que “quando se trata de vínculo de filiação, quem assim considera, detém o *estado de filho afetivo*.” (destaque da autora)

Assim sendo, a posse do estado de filho retrata uma aparência da realidade, em que a família faz com que a sociedade acredite ser verdade aquela filiação, em que há reciprocidade de afeto entre seus integrantes, e ainda há o comportamento de pais e filhos perante a comunidade.

Portanto, a noção da posse do estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas em ato voluntário, que busca sedimentação no campo da afetividade. Sendo a função precípua dessa modalidade de filiação dar juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva. (FARIAS e ROSENVALD, 2008)

É cediço na doutrina a necessidade da existência de algumas circunstâncias para caracterização da posse do estado de filho, quais sejam: o nome, o tratamento e a reputação.

O nome implica na utilização pelo suposto filho do patronímico, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Roselvald (2008) este requisito não é decisivo, possuindo menor ou nenhuma importância para caracterização da posse do estado de filho, o tratamento se reveste ao trato que os pais têm com o filho, exemplo, educando e o instruindo, por fim, a reputação consiste na notoriedade social que se dá à filiação.

Referidas características devem ser pautadas por um lapso razoável, conter um mínimo de duração, sendo que de tal prazo é necessário que haja a comprovação das citadas características, restando ao magistrado a análise dos casos em concreto.

³⁸ WELTER, Belmiro Pedro, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: ____; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 66.

Reforça-se ainda mais, a posse do estado de filho não advém do nascimento (fato biológico), decorre, em verdade, de um ato volitivo recíproco e construído com o tempo, o qual gerará os efeitos do afeto entre os integrantes da relação.

7.2 Constitucionalização da paternidade socioafetiva – art. 226 § 7º CR/1988

Como referido ligeiramente no subitem anterior, a Constituição da República de 1988 promoveu grande alteração no Direito de Família, primando especialmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e da solidariedade. Dentre as alterações realizadas pelo legislador constituinte a que mais chama atenção é a inserção implícita da afetividade.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2006) enfatiza essa inclusão da afetividade no direito brasileiro de família, sendo o elo que une duas pessoas em razão de parentesco ou por outra forma constitutiva de família. Dada a grandiosa importância da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, “o direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação as membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto.”

Assim, analisando o contido na CR/1988, percebe-se que a família passou a ser considerada como entidade solidária e afetiva, voltada a para prevalência da dignidade da pessoa humana. Mesmo que referida Constituição tenha abarcado o afeto no âmbito de sua proteção, como bem salienta Maria Berenice Dias (2009), a palavra afeto não se encontra, explicitamente, no texto constitucional.

Conforme salienta Heloísa Helena Barboza verifica-se que:

[...] o vínculo que surge entre pessoas que convivem como se fossem pais e filhos se inclui nas relações de fato fundadas no afeto aptas a serem juridicamente reconhecidas. [...] A verdadeira família é uma comunhão de afetos, antes de ser um instituto jurídico. (BARBOZA, 2009, p. 28)

Ao analisar a CR/1988 encontram-se vários fundamentos do estado de filiação geral, não se restringindo à paternidade biológica, vejamos: a) o art. 226 § 4º dispõe sobre a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, assim, mister fazer a conjugação da parte final do parágrafo à igualdade dada pelo constituinte aos filhos, inclusive os adotivos, b) o direito à

convivência familiar, independentemente de origem genética, constitui primazia dos interesses da criança e do adolescente, conforme disposto no *caput* do art. 227, c) como ressaltado anteriormente, o art. 227 § 6º atribui a igualdade aos filhos, vedada quaisquer designações discriminatórias e d) a adoção, relacionada à paternidade do futuro, atrelada à escolha afetiva, conseguiu igualar aos direitos inerentes à paternidade biológica (art. 227, §§ 5º e 6º).

Após análise jurisprudencial sobre a preponderância da paternidade socioafetiva face à biológica, imperioso destacar que vem se tornando incabível o fundamento da investigação da paternidade biológica em contraponto à paternidade socioafetiva já existente, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, pois esta é uma construção cultural e não um dado da natureza, lembrando que tratando de tal matéria se deve sempre dar primazia ao melhor interesse da criança.

Em julgamento nesse sentido relevante trazer o julgamento realizado no vanguardista Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, veja a ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO CUMULADA COM NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Em prevalecendo a paternidade socioafetiva entre o falecido pai registral e o réu, perfeitamente delineada nos autos, além de incomprovado defeito no ato registral, improcede da ação, ainda que a perícia genética tenha excluídos os autores como avós paternos do réu. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Embargos infringentes desacolhidos. (Embargos Infringentes nº 70013567888, 4º Grupo de Câmara Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 13.01.2006)

Fortalecendo ainda mais a primazia da paternidade socioafetiva sob a biológica, José Conrado de Souza Júnior em julgamento do mesmo tribunal, traz a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AFASTAMENTO DA PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. EXISTÊNCIA DE SOCIOAFETIVIDADE. Segundo orientação sedimentada desta Corte, comprovada a socioafetividade entre pai e filho, bem como a ausência de demonstração da existência de vício de consentimento por ocasião do registro civil, não é possível a desconstituição de paternidade. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 70031203920, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. José Conrado de Souza Júnior, j. 14.10.2009)

Continuando no mesmo tribunal gaúcho, em decisão recente, segue abaixo a ementa de uma decisão que corrobora tudo que até então foi explanado:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. MENOR COM PATERNIDADE JÁ RECONHECIDA PELO AUTOR DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. Descabida a propositura de ação de investigação de paternidade por pai registral, pugnando pela realização de exame de DNA, fundada apenas em dúvida acerca da paternidade. Ação que visa a declaração da existência de filiação. Ausência de interesse processual. A ação cabível para rediscutir paternidade já reconhecida, deve ser deduzida em negatória de paternidade, fundada em vício de consentimento, e comprovada a ausência de paternidade socioafetiva ou de adoção à brasileira, hipóteses ausentes no caso em julgamento. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível nº 70030987036, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. André Luiz Planella Villarinho, j. 14.04.2010)

À vista de todo exposto e com fundamento nas decisões acima colacionadas, pode se chegar à conclusão que, em regra, nos casos de haver conflito entre a paternidade socioafetiva em face da biológica, aquela prevalecerá. Portanto, merece aclamação o legislador constituinte ao abordar sobre o tema com tamanha maestria.

8 TEORIA DA DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

Ao falar de paternidade socioafetiva, não há como se esquecer da teoria da Desbiologização da Paternidade, criada pelo professor João Baptista Villela, da Faculdade de Direito da UFMG e publicado em 1979 pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG, referido texto marca um rompimento na dogmática do Direito Civil brasileiro, vigente àquela época do CC/1916, e o ingresso do pensamento jurídico nacional em uma argumentação afastada das amarras do texto da lei, fazendo com que o intérprete consiga ter uma visão mais ampla do Direito, que é a Justiça, e as necessidades e anseios de uma nação que está sempre em constante mutabilidade. (GALLUPO, 2009)

É de se reconhecer que o professor João Baptista foi um dos precursores da afetividade na seara do Direito das Famílias, vez que o mesmo em fantástico pensamento futurístico, cunhou a tese da desbiologização da paternidade, a qual em seu conteúdo contempla a paternidade construída no amor, no afeto, na solidariedade, e não aquela advinda apenas de um fato natural, ou seja, de mecanismos colocados em prática pelo homem.

Nestes termos é de se reconhecer a paternidade àquele que efetivamente exerceu a função de pai, e não àquele que exerce a função apenas de gerador.

Referida teoria, inicialmente, dispõe sobre a paternidade entre a natureza e a cultura, com os seguintes dizeres:

Note-se, entretanto, que a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. [...] O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua total rejeição. (VILLELA, 1980, p. 45)

É de perceber que o autor demonstra o dualismo entre fato natural e cultural, com relação à paternidade, aduzindo que o homem utiliza de mecanismos propícios de sua natureza para procriar. Contudo, a verdadeira paternidade é aquela que há a figura do afeto recíproco entre pais e filho, e não apenas o fato de gerar um filho.

Com a efetiva valoração do afeto nas relações familiares, consta-se que a paternidade não necessita exclusivamente da relação biológica entre pai e filho.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2006) no mesmo sentido aduz que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica, em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.”

Em referência ao que já foi explanado no presente trabalho, João Baptista Villela, dá significativa contribuição para explicação da evolução das famílias, assim se expressando:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. (VILLELA, 1980, p. 49)

Em mais um trecho o autor demonstra sua visão vanguardista sobre o tema, o qual é objeto de referência para boa parte da doutrina, conforme se vê nas citações realizadas pelos autores contemporâneos.

Ao abordar sobre a paternidade adotiva ele é enfático em dar primazia a esta, dando a devida importância ao instituto, com as seguintes palavras:

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. (VILLELA, 1980, p. 50)

Destarte, como pôde ser observado pelo contido no trecho supradescrito, relevante que o instituto da adoção seja visualizado como uma paternidade de primeira classe, vez que consagra a paternidade afetiva voltada ao livre arbítrio daquele que pretende adotar uma criança.

9 ADOÇÃO PÓSTUMA

9.1 Adoção Póstuma

Em um primeiro momento, será abordado sobre a adoção póstuma inserida literalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de modalidade de adoção não inserida no capítulo das modalidades de adoção por ser o cerne do presente trabalho, portanto nada mais apropriado que lhe dedicar um capítulo próprio para fazer seu devido estudo.

Ao fazer a análise histórica do instituto da adoção nos diplomas anteriores, não se encontra a figura da adoção póstuma, sendo que a adoção era deferida tão somente a quem estivesse vivo. Entretanto, foi a partir de 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o ordenamento jurídico pátrio começou a consagrar a denominada adoção póstuma.

Como bem ilustra Tarcísio José Martins Costa (2004, p. 95), tal tipo de adoção é “conhecida em algumas legislações alienígenas, como a francesa (art. 366 do seu Código Civil).”

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentado pela Lei nº 12.010/09 disciplina no art. 42, § 6º³⁹ a possibilidade de haver a adoção póstuma obedecidos dois requisitos: inequívoca manifestação de vontade e vier a falecer no curso do procedimento da propositura da ação.

O primeiro requisito elencado pelo legislador, manifestação de vontade, torna-se de suma importância, vez que a vontade do pretense adotante deve sopesar para que haja a inclusão daquele que criou, educou, enfim, o manteve como filho. Assim, mister que ao analisar o caso concreto, seja perquirido um conjunto probatório que seja suficiente para o convencimento do magistrado em aplicar com segurança esse tipo de adoção que não há a presença do interessado.

No que tange ao segundo requisito, existência de procedimento instaurado, será realizado posteriormente, uma conjugação entre a teoria da Desbiologização da Paternidade com a norma legal disciplinada no Estatuto, a fim de que, mesmo com a

³⁹ Assim dispõe o § 6º do art. 42: A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

ausência de procedimento instaurado perante o Poder Judiciário, haja o deferimento do pedido, como dito anteriormente, desde que em vida o adotante tenha manifestado de maneira clara e inequívoca o desejo de formalizar a adoção.

Ao analisar esse modelo de adoção, percebe-se que este seja o ponto em que o ECA mais facilita a adoção, dando primazia ao interesse da criança. Vale lembrar que a doutrina adotada pelo Estatuto é a proteção integral à criança e ao adolescente.⁴⁰

Portanto, caso haja superveniência do falecimento do pretense adotante, a adoção tende a ser deferida, caso tenha havido clara e inequívoca manifestação de vontade do adotante em realizar tal ato.

Com relação aos efeitos da sentença em processos de adoção, tem-se que estes começam a gerar efeitos após seu trânsito em julgado, entretanto, a adoção póstuma recebe tratamento diferenciado, vez que havendo o deferimento, a sentença transitada em julgado terá força retroativa à data do óbito, nos termos do disposto no parágrafo 7º da Lei nº 8.069/90, regulamentada pela Lei nº 12.010/2009.

Fazendo uma interpretação gramatical⁴¹ do citado parágrafo 6º do art. 42 do ECA, o intérprete chega à conclusão de que para a adoção ser concedida ao adotante, este deverá, necessariamente, já ter ingressado com o pedido junto ao Judiciário, vez que “o Estatuto restringiu o direito, exigindo que a ação esteja em andamento quando o adotante faleça.” (COSTA, 2004, p. 95)

Entretanto, busca o presente trabalho elastecer esse permissivo legal, com a finalidade de dar efetividade à proteção aos direitos das crianças e adolescentes, consagrados, como dito anteriormente no art. 1º do ECA.

9.2 Adoção Póstuma sem manifestação judicial prévia

O presente subitem é o cerne do presente trabalho e para que possa haver tal modalidade de adoção, necessário que seja elastecido a compreensão da adoção

⁴⁰ Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁴¹ O método gramatical consiste na apuração da significação exata das palavras e da linguagem, utilizando os elementos puramente verbais, analisando-as individualmente e na sintaxe. Enfim, completa-se com a análise do texto. (CARVALHO, 1998).

póstuma contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, para tanto buscar-se-á realizar uma conjugação de teoria e norma legal.

Entretanto, antes de realizar referida conjugação, mister que seja invocado a integração que o tema em análise tem com a Constituição da República de 1988.

Por ser de total necessidade manter as normas infraconstitucionais em consonância com a CR/1988, invoca-se o princípio da supremacia constitucional para que aquelas que estejam contrárias àquela sejam afastadas, sob pena de serem tidas como inconstitucionais.

Nesse sentido, cabe ao intérprete da norma infraconstitucional, buscar conservar a redação da norma que serve de fundamento, em conformidade com a Constituição da República, com o fim de manter o fim social e não afastar-se dos preceitos delineados pelo constituinte.

Portanto, para que seja dada fundamentação legal ao que idealiza o presente trabalho, será utilizado o permissivo legal do art. 42, § 6º da Lei nº 8.069/90 combinando-o com a tese cunhada pelo professor João Baptista Villela – Desbiologização da Paternidade, anteriormente explicada, agregando ao presente trabalho, através de decisões de tribunais superiores, empregar justificativa para haver uma extensão da regra atinente à adoção póstuma, outorgando a possibilidade àqueles casos em que o falecimento de um dos pretensos pais – adotantes – ocorrer antes mesmo do ajuizamento da ação.

E para manter consonância ao Texto Constitucional, invoca-se a proteção integral a crianças e adolescentes contida no art. 227⁴² da Constituição da República de 1988. O artigo mencionado corrobora com aquilo que está sendo discutido, rechaçando qualquer restrição que possa vir a ser invocada para afastar a possibilidade de deferimento de adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial prévia.

Essa possibilidade de deferimento da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia pode ser visualizada em casos como de casais que estão na

⁴² Dispõe o art. 227 da CR/88 com a seguinte redação: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

iminência de formalizarem o pedido de adoção e um deles vem a ser acometido de acidente automobilístico fatal. Nesta situação hipotética, estaria correto privar aquele que, em vida, manteve o propósito de adotar uma criança que ostentava a condição de filho do casal? Aplicando a interpretação elástica do contido no art. 42, § 6º do ECA, conjugando com a paternidade socioafetiva que permeava aquele núcleo familiar, a resposta certamente seria: não.

Em situações concretas, Tarcísio José Martins Costa argumenta que:

No Juizado da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, já tivemos oportunidade de conceder três ou quatro adoções *post mortem*, mesmo tendo o falecimento ocorrido antes da propositura da ação, uma vez que restou sobejamente provada a inequívoca vontade de adotar. (destaque do autor) (COSTA, 2004, p. 95).

Este exemplo supra tem serventia para que seja visualizado a possibilidade de haver esse tipo de adoção, vez que a jurisprudência (como será visto posteriormente) vem dando uma interpretação mais abrangente à norma estatutista, em primazia ao contido no art. 1º do ECA ligada ao contido no art. 227 da CR/1988.

Assim, seguindo os trilhos do professor João Baptista Villela (1980) que corrobora o estudo da desbiologização da paternidade, recomenda-se que se faça interpretação extensiva⁴³ do contido no artigo 42 § 6º da Lei nº 8.069/90.

João Baptista Villela descreve que:

[...] a desbiologização da paternidade, que é ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, *a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber.* (destaque nosso) (VILLELA, 1980, p. 50)

A argumentação supra, apesar de ter sido realizada nos anos setenta, enquadra-se perfeitamente à contemporaneidade. O instituto da adoção reflete bem o que se pode entender de “paternidade afetiva” em que os adotantes, de forma voluntária, tomam para si a responsabilidade de satisfazer as necessidades do adotando por alimentos, cuidados, simpatia, suporte e estímulos. Estas

⁴³ Como bem observa Ferrara (2005, p. 44) “interpretação extensiva destina-se a corrigir uma formulação estreita formulada pelo legislador, sendo um dos meios capaz de produzir o desenvolvimento dos princípios jurídicos”.

necessidades suportadas pelos pais não biológicos fazem com que desperte naquele que é alvo dos cuidados, o sentimento de afeto.

Destarte, em consonância com o exemplo hipotético descrito no início do subitem, merece trazer as palavras do Des. Rui Portanova em argumentação no recurso de Apelação em que o mesmo foi relator, com os seguintes dizeres:

Casos em que, desde que possível identificar a manifestação da vontade de adotar e da condição do estado de filho, *deve ser deferida a adoção ainda que o adotante tenha falecido antes do início da ação de adoção propriamente dita, visto que, na prática, o procedimento da adoção, efetiva e concretamente, iniciou-se antes mesmo da demanda judicial formal.* E a justificativa para essa interpretação é a relevância conquistada pelas relações socioafetivas que se instauram no seio familiar, *fazendo com que o rigorismo formal seja abrandado em face da prevalência dos interesses tutelados, quais sejam: o superior interesse da criança e sua identidade enquanto filho dos pretensos adotantes, identidade essa que tem relação direta com sua personalidade e seu referencial de indivíduo na sociedade.* Ou seja, a razão para esse alargamento da legislação positiva é a dignidade humana e a personalidade do adotado e também do adotante falecido, o qual tinha como verdadeiro filho a pessoa do adotado. (destaque nosso) (Apelação Cível nº 70022470298, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Rui Portanova, j. 15.05.2008)

Nestes termos, é de se reconhecer a possibilidade de identificação da manifestação de vontade de adotar sem que esta tenha se dado no curso de demanda judicial, bastando que fique demonstrada a intenção inequívoca de ter como filho no transcurso da vida do pretense adotante.

Pelo contido na explicação do Des. Rui Portanova, verifica-se que, naquele caso concreto, foi possível o reconhecimento da inequívoca manifestação de vontade de adotar, mesmo vindo o adotante a falecer antes do início da ação de adoção, enfatizando que a adoção se iniciou antes mesmo da demanda judicial formal.

Assim sendo, em determinados casos em que há verdadeiro reconhecimento do propósito de adotar, recomenda-se que tal pedido realizado após a morte seja julgado procedente, dando prevalência aos interesses da criança.

Portanto, havendo a aplicação do contido no § 6º do art. 42 do ECA conjugado à teoria da Desbiologização da Paternidade, a qual prima pela paternidade socioafetiva, fortalecidos com a proteção integral da criança e do adolescente inserido tanto no ECA (art. 1º) e da Constituição da República de 1988

(art. 227), terá como resultado a possibilidade de adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, garantindo assim o reconhecimento formal daquela relação que se fundou, principalmente, no afeto recíproco entre pretense adotante, que veio a falecer antes do ajuizamento de ação, com o adotado, que teve aquele como seu pai.

Em síntese, a possibilidade de haver a adoção póstuma sem manifestação judicial prévia se justifica nos casos em que o pretense adotante vem a falecer antes de ter iniciado o procedimento formal de adoção perante o Judiciário, contando que tenha havido em vida, a inequívoca manifestação de vontade em adotar. Assim estará dando proteção às crianças e adolescentes que venham a passar por tal situação, conforme disposições do ECA e da Constituição da República de 1988.

9.3 Posicionamento doutrinário

Para que se tenha noção da relevância de tal tema ao ordenamento jurídico brasileiro, mister que seja colacionado ao presente trabalho alguns posicionamentos doutrinários sobre o tema. Vejamos primeiramente aqueles que sustentam o deferimento da adoção póstuma somente quando há prévio processo judicial em curso.

Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 317), reconhece a possibilidade de haver o deferimento da adoção póstuma nos casos em que o adotante faleça no curso do procedimento. E ainda frisa esse posicionamento com ferrenha argumentação em que “o procedimento já deve ter sido iniciado em vida, cabendo ao juiz analisar sobre a conveniência de adoção *post mortem*. Não é admitida a adoção sem que o interessado tenha iniciado o processo.” (destaque nosso)

Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2003) argumenta que, com o processo de adoção já em curso, é justo que o desejo do falecido possa ser realizado, legalmente, *post mortem*.

José de Farias Tavares⁴⁴ *apud* Artur Marques da Silva Filho de forma didática, ao tratar do preceito, explica que

talvez seja o ponto em que mais o Estatuto facilita a adoção, como medida por excelência de proteção integral à criança ou adolescente. Dá

⁴⁴ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao ECA*, p. 48.

extraordinária legitimidade *post mortem* a quem falecer durante o curso do *processamento judicial*, antes da sentença. A superveniência da morte do adotante não frustra a adoção, que será deferida se o requerente manteve firme e expressa vontade de efetivá-la. (destaque nosso) (SILVA FILHO, 2009, p. 120)

Maria Berenice Dias (2009) ao fazer o estudo dessa modalidade de adoção, inicialmente demonstra essa necessidade de haver prévia propositura de ação, entretanto, a mesma já começa a dar sinais de relativização dessa necessidade legal, para tanto ela demonstra claramente a dispensa dessa exigência de procedimento judicial de adoção prévio, com base em decisão do STJ em que o Min. Ruy Rosado de Aguiar afasta a necessidade de prévio procedimento judicial. Referida decisão será abordada no subitem posterior, ao tratar da aplicação prática da adoção póstuma.

Assim, após analisar a posse do estado de filho, pode se afirmar que esta situação torna-se além de uma mera exteriorização de vontade realizada por escrito pelo falecido, porque este reconhecimento o qual a legislação pretende é realizado pelo *de cuius* apenas judicialmente. Em sentido oposto, é de se reconhecer que na posse do estado de filho as partes vivenciam esta vontade através de seus atos, privativa ou publicamente, dando assim publicidade à inequívoca manifestação de adotar, enfim, é uma série muito ampla de acontecimentos que se estendem no tempo e que são perfeitamente objetos de suporte para o deferimento da adoção. (DIAS, 2009)

Geraldo Claret de Arantes aduz que:

No caso de falecimento do adotante no curso do procedimento, que tenha demonstrado inequivocamente o desejo de adotar, é possível o deferimento da adoção. Declarações recentes perante testemunhas, declarações em cartórios ou a constituição de advogados para tal fim especificados, são manifestações inequívocas de vontade do adotante e são início de *procedimento*, que antecede ao *processo* judicial. (destaque nosso) (ARANTES, 2004, p. 133)

Como demonstrado acima, cediço é a possibilidade de haver a adoção póstuma observado os requisitos do contido no § 6º do art. 42 do ECA. Entretanto, o presente trabalho visa analisar o contido no parágrafo supramencionado sob um novo prisma, ou seja, interpretando-o extensivamente, fazendo uma conjugação da determinação legal com a teoria da “Desbiologização da Paternidade” do Professor

João Baptista Villela (1980), possibilitando assim, a adoção póstuma sem que haja manifestação judicial prévia, dando com isso, primazia à paternidade socioafetiva e consequentemente primando pela doutrina adotada pelo ECA, qual seja, proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º).

9.4 Aplicação prática da adoção póstuma

Ainda que o tema proposto seja relativamente novo, realizando buscas nos tribunais pátrios, já se consegue encontrar alguns julgados sobre a matéria, sendo que alguns entendem não ser possível o deferimento da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, dando assim interpretação literal ao contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, em contrapartida, temos tribunais que concedem tal modalidade de adoção, dentre estes, a seguir será colacionado ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, reforçando ainda mais aquilo que pretende o presente trabalho.

Após incessante busca no conservador Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre a possibilidade de haver o deferimento da adoção póstuma sem que haja manifestação judicial prévia, esta foi infrutífera, vez que os desembargadores desse tribunal ainda continuam realizando interpretação gramatical à norma contida no art. 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Veja a ementa da decisão prolatada pela 2ª Câmara Cível do TJMG, sendo relator o Des. Caetano Levi Lopes:

Apelação Cível. Ação de adoção. Adoção póstuma. Declaração de vontade emitida em vida. Validade. Recurso não provido. 1. *A adoção póstuma, prevista no art. 42, § 5º do Código Civil de 2002, é aquela que poderá ser deferida ao adotante que falecer no curso do processo. Todavia, a lei exige, para referida modalidade, a presença de prévia e inequívoca declaração de vontade.* 2. Comprovado que o adotante, em vida e antes de ser acometido por doença, havia declarado a vontade no sentido de formalizar a adoção, deve a referida vontade ser respeitada. 3. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial. (Apelação Cível nº 7 1.0056.04.068222-3/002 (1), numeração única: 0682223-14.2004.8.13.0056, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, rel. Caetano Levi Lopes, j. 09.06.2009) (destaque nosso)

Ainda no mesmo tribunal, perceba mais uma decisão contrária à adoção póstuma, em julgamento do Des. Edivaldo George dos Santos em decisão datada de 05/05/2009, negando provimento ao recurso de Apelação, argumentando, expressamente, que:

[...] os Tribunais pátrios, escudando-se no disposto no art. 42, § 5º, ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, e também no art. 1.628, CC/2002, tem admitido a adoção póstuma (*post mortem*), privilegiando, assim, também, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral das crianças e dos adolescentes. E não poderia ser diferente, dada a necessidade de se reconhecer uma situação de fato socialmente consolidada. *Entretanto, exige-se que o procedimento tenha sido, no mínimo, iniciado em vida pelos adotantes, justificando-se esta exigência pelos conhecidos e sérios contornos e conseqüências do ato de adoção.* (Apelação Cível nº 1.0693.08.076171-3/001 (1), numeração única: 0761713-75.2008.8.13.0693, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, rel. Edivaldo George dos Santos, j. 05.05.2009) (destaque nosso)

Chama a atenção a decisão do vanguardista Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tribunal este que não pacificou entendimento sobre o tema, abaixo será colacionado julgamento negando a adoção póstuma, vez que os julgadores fizeram a interpretação gramatical do contido no permissivo legal. Assim, será realizado posteriormente a colação de decisões concedendo a adoção póstuma, entretanto, segue abaixo a ementa denegatória de adoção póstuma:

EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ADESIVO. ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO FALECIDO. PAI BIOLÓGICO E REGISTRAL QUE NÃO ESTAVA DESTITUÍDO DO PODER FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Descabe a interposição de recurso adesivo aos embargos infringentes, quando não há sucumbência recíproca. 2. *É admissível a adoção póstuma apenas quando existe inequívoca manifestação de vontade do adotante e este vem a falecer no curso do procedimento, antes da sentença. Inteligência do art. 42, §5º, da Lei nº 8.069/90.* 3. Revela-se juridicamente impossível, no entanto, o pedido de adoção póstuma, quando a pessoa apontada como adotante, falecida há mais de 13 anos, não chegou a propor pedido de adoção, não deixou patente a vontade de adotar em momento algum, nem em testamento, nem em algum escrito, nem tomou quaisquer medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo existente era de mera guarda, por ser casado com a genitora, ainda mais quando o pai biológico e registral da crianças sempre manteve hígido o seu poder familiar. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (Embargos Infringentes nº 70029225976, 4º Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 29.05.2002) (destaque nosso)

Passa-se a seguir à análise dos julgamentos em que houve o deferimento da adoção póstuma sem prévia manifestação judicial. Em primeira fase, será feita a análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tribunal este que enche de orgulho aqueles que almejam uma justiça mais dinâmica, atuante, enfim, preocupada com os anseios sociais e que não fica estagnado no tempo, enraizado nas amarras das codificações.

Nestes termos, ao fazer alguma busca naquele tribunal o que se encontrará serão as decisões mais vanguardistas do país, sendo elas um dos elementos fundamentais para as recentes e inovadoras decisões do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito da questão aqui discutida, já decidiu com muita propriedade os Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos, (AC n.º 70003643145) e Ricardo Raup Ruschel (AC n.º 70014741557), cujas ementas são de suma importância:

ADOCACAO. ADOCAO JA DEFERIDA A MULHER VIUVA. PEDIDO POSTERIOR PARA AVERBACAO, NO ASSENTO DE NASCIMENTO DA CRIANCA, NO NOME DO FALECIDO MARIDO, COMO PAI. CASAL QUE JA DETINHA A GUARDA ANTERIORMENTE. *FALECIMENTO OCORRIDO ANTES DE TER INICIO O PROCESSO JUDICIAL DE ADOCAO.* E CERTO QUE O PROCESSO JUDICIAL DE ADOCAO NAO HAVIA AINDA TIDO INICIO QUANDO DO FALECIMENTO DO MARIDO DE GUIOMAR. ENTRETANTO, E CLARO QUE O "PROCESSO" SOCIAFETIVO DE ADOCAO JA TIVERA INICIO, VISTO QUE O CASAL DETINHA A CRIANCA SOB SUA GUARDA E A APRESENTAVA COMO FILHO NA SOCIEDADE, O QUE RESTOU ESTAMPADO NA CIRCUNSTANCIA DE A TER LEVADO A BATISMO NESSA CONDICAO. NEGAR, AGORA, QUE NA CERTIDAO DE NASCIMENTO DE SAMUEL VENHA A CONSTAR O NOME DO PAI, APENAS PELO FATO DE QUE A FATALIDADE VEIO A RETIRAR-LHE PRECOCEMENTE A VIDA (FALECEU COM 47 ANOS), ANTES QUE PUDESSE IMPLEMENTAR A ADOCAO, E ATER-SE A UM FORMALISMO EXARCEBADO E INCOMPATIVEL COM O NORTE CONSTITUCIONAL QUE MANDA SOBRELEVAR OS INTERESSES DA CRIANCA. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70003643145, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/05/2002) (destaque nosso)

Pelo contido na ementa supra, datado o julgamento de 29/05/2002, relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, precursor naquele tribunal da possibilidade de haver a adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial do pretense adotante, já se percebe claramente a intenção daquele tribunal em reconhecer tal

modalidade de adoção, dando elasticidade ao permissivo contido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segue abaixo ementa de um julgado ainda mais claro, no sentido de concessão da adoção póstuma antes do ajuizamento de processo de adoção, havendo, no caso concreto, interpretação extensiva do art. 1.628, o qual foi revogado pela Lei nº 12.010/09 – hoje tal regulamentação se encontra, como já dito anteriormente, no art. 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE RESTAURAÇÃO DE ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO. ADOÇÃO DEFERIDA À MULHER VIÚVA. *FALECIMENTO DO CÔNJUGE VARÃO ANTES DO AJUIZAMENTO DO PROCESSO DE ADOÇÃO. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ARTIGO 1.628 DO CÓDIGO CIVIL, EM QUE SE MOSTRA POSSÍVEL RECONHECER A FORMALIZAÇÃO DA ADOÇÃO MESMO QUE NÃO INICIADO O PROCESSO PARA TAL, HAJA VISTA A AUTORA EXERCER DIREITO INDISPONÍVEL PERSONALÍSSIMO E QUE DIZ RESPEITO À DIGNIDADE DO SER HUMANO. VERIFICADA A EXISTÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CERTIDÃO DE BATISMO DEMONSTRANDO O INEQUÍVOCO DESEJO DO ADOTANTE DE SER PAI DA AUTORA. CONTEXTO PROBATÓRIO CONSTANTE NOS AUTOS COMPROVANDO A ADOÇÃO TÁCITA PREEXISTENTE. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO PATERNA.* Recurso provido. (Apelação Cível nº 70014741557, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 07.06.2006) (destaque nosso)

Em julgamento recentíssimo de relatoria do Des. José Ataídes Siqueira Trindade, o mesmo expressa sua filiação ao entendimento da possibilidade de concessão de adoção quando os supostos adotantes já faleceram antes do ajuizamento da ação, confira:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO PÓSTUMA. PROCEDÊNCIA. Demonstrada a posse de estado de filha relativamente à autora, que foi assim criada pela falecida e seu marido desde a tenra idade, os quais detinham sua guarda judicial onde se comprometeram a lhe dar tratamento de filha, mantém-se a sentença de procedência da ação de adoção póstuma, com os todos os efeitos daí decorrentes, inclusive sucessórios, por aplicação do art. 41 do ECA, uma vez revogado o art. 1.628 do CC/02 pela Lei nº 12.010 de 2009. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70033369158, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 04.02.2010)

No conteúdo deste último julgado, o relator salienta que:

De qualquer sorte, mesmo diante do texto mantido pelo § 6.º do art. 42, do ECA, filio-me ao entendimento de que a *adoção também pode ser deferida quando os supostos adotantes já faleceram antes do ajuizamento da ação.*

Mas, em qualquer das hipóteses, há que restar demonstrada a inequívoca vontade do adotante na adoção. (destaque nosso)

Destarte, por todo exposto, percebe-se certa divergência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concernente à matéria aqui estudada, entretanto, para poder corroborar com a corrente concessiva da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, mister que seja analisado o julgamento do Recurso Especial 457635/PB, processo 202/0104623-0, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar em 19/11/2002, com os seguintes dizeres:

ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca. O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. Recurso conhecido e provido. (destaque nosso)

Deste modo, nada mais correto que, havendo em algum caso concreto a possibilidade da concessão da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, esta deve ser deferida, ressalte-se a necessidade de comprovação de que o pretense adotante – falecido, havia manifestado em vida sua intenção em ter o adotado como filho. Tal intenção de tê-lo como filho é claramente visualizada quando há a caracterização da paternidade socioafetiva, como já visto em capítulos anteriores.

10 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a possibilidade jurídica de adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial prévia.

Procurou-se realizar uma evolução histórica do instituto da adoção desde os tempos mais remotos em que se buscava dar perpetuidade ao culto familiar doméstico até os dias atuais, que se funda no afeto no seio das famílias.

Para se chegar ao afeto inserido nas famílias hodiernas, a teoria da Desbiologização da Paternidade do professor João Baptista Villela, foi de suma importância, vez que afastou a concepção restrita da paternidade biológica estendendo à paternidade socioafetiva.

Entretanto, há que se enfatizar que o “novo” sempre será visto com algumas restrições. Com relação ao tema proposto não será diferente, tendo em vista que ainda se encontra, conforme pôde ser verificado nos julgamentos colacionados no capítulo anterior, em que autores e julgadores sentem, ainda, a falta de segurança em aplicar uma teoria vanguardista, que prima pelo sentimento afetivo constante nos membros de uma família.

Outrossim, torna-se impossível fechar os olhos e negar que a haja vivência de crianças e adolescentes em lares de forma irregular, infelizmente é uma realidade. Na prática, o que se pode visualizar é que há crianças e adolescentes sendo criados sem que tenha havido processo formal regularizando tais situações.

Pelo acima exposto é que vem a surgir, eventualmente, a aplicabilidade do tema do presente trabalho, ou seja, o falecimento de um dos pretensos adotantes sem que tenham formalizado o pedido de adoção. Entretanto, como foi argumentado, não é a melhor solução dar interpretação gramatical a uma norma e restringir direitos que estão consagrados, tanto infra, quanto constitucionalmente, ou seja, afastar a proteção integral da criança e adolescente.

Ressalte-se que o objetivo desta monografia não foi outro senão questionar posicionamentos conservadores, atrelados à literalidade da lei, bem como propor uma reflexão visada à proteção da criança e do adolescente, fundada em uma conjugação de norma infraconstitucional, art. 42, § 6º da Lei nº 8.069/90, a uma tese

vanguardista de João Baptista Villela, com amparo da Constituição da República, art. 227, o qual prima pela proteção integral da criança e do adolescente.

Pela demonstração da tentativa de fundir a teoria da Desbiologização da Paternidade com o permissivo legal contido no art. 42, § 6º do ECA, cabe ao leitor, caso tenha tendência à proteção das crianças e adolescentes, realizar a interpretação de tal ato de maneira elástica, não ficando preso às amarras do texto literal e frio da legislação, sendo recomendável haver um dinamismo maior a fim de dar proteção àqueles que encontram, de certa forma, lacunas nos textos legislativos.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Geraldo Claret de. *Manual de Prática Jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte : Imprensa Oficial, 2004.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre : Magister; Belo Horizonte : IBDFAM, 2009, p 25-34.

BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed. atual. vol. II. Rio de Janeiro : Ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1954.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Rio de Janeiro : Lumem Júris, 2006.

CARVALHO, Paulo A. Soares de. *A questão da interpretação das leis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=28>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

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

_____. *A estatização do afeto*. Última edição: 13/01/2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/a-estatizacao-do-afeto.cont#>. Acesso em: 01/04/2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2008.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro : Lumem Júris, 2009.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Tradução do Trattatto de Diritto Civile Italiano – Roma, 1921 -, do Professor Francesco Ferrara, por Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte : Clássicos do Direito, 2005.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 8 ed. rev. e atual. Atualizador: Antônio de S. Limongi França. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à Defesa: Monografias e Teses Jurídicas*. 2 ed. rev. e atual. conforme as normas NBR 6.023:2003, NBR 6.034:2004, NBR 12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte : Mandamentos, 2008.

_____. *Os trinta anos de "Desbiologização da Paternidade"*. Disponível em: <http://www.marcelogaluppo.com/2009/08/os-trinta-anos-de-desbiologizacao-da.html>. Acesso em 30/04/2010.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática com abordagem do Novo Código Civil*. 1. ed. (2003) 4. reimpressão (2009). Curitiba : Juruá, 2009.

JATOBÁ, Clever. *Filiação Socioafetiva: os novos paradigmas de filiação*. 24/08/2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=535>. Acesso em: 02/05/2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. atual. até a EC nº 48/05. São Paulo : Atlas, 2006.

NETTO, José Oliveira. *Dicionário Jurídico: Terminologia Jurídica e Latim Forense*. São Paulo : Edijur, 2005.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo : Podivm, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva – a Propósito da Sentença do Tribunal Constitucional, de 30/11/2007*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano X, nº 7, dez./jan., 2009.

_____. *Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. In: BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de jul. 1990.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. In: BRASIL. *Dissolução da sociedade conjugal e do casamento*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de dez. 1977.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. In: BRASIL. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de dez. 1940.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed, revista e atual por Francisco José Cahali. São Paulo : Saraiva, 2008.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. Malheiros. 2009.

SZNICK, Valdir. *Adoção: Código Civil e Código de Menores*. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito, 1988.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 8. ed. – São Paulo : Atlas, 2008.

_____, *Direito Civil: parte geral*. 6. ed. – São Paulo : Atlas, 2006.

VILLELA, João Baptista. *A desbiologização da paternidade*. Rio de Janeiro : Revista Forense nº 71, 1980.