

**PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA À LUZ DO INSTITUTO DA
ADOÇÃO PÓSTUMA E A SUPERAÇÃO DAS FORMALIDADES
IMPOSTAS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: UM ESTUDO DE CASO DA DECISÃO DO STJ
NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.415-RS E SUAS POSSÍVEIS
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS.**

PARENTING SOCIOAFFECTIVE IN THE LIGHT OF THE
INSTITUTE OF POSTHUMOUS ADOPTION AND THE OVERCOME
OF THE BURDEN IMPOSED BY THE STATUTE OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS: A CASE STUDY OF THE DECISION OF THE
SUPREME COURT IN SPECIAL APPEAL NO. 1217415-RS AND ITS
POSSIBLE LEGAL IMPLICATIONS.

Bárbara Rodrigues da Rocha*

RESUMO

A parentalidade socioafetiva, que alberga as relações familiares a partir do vínculo do afeto, é um tema de inegável importância devido às constantes mudanças que ocorrem na constituição das famílias, que deixaram de ser tratadas pelo enfoque tradicional e formalista para abranger uma pluralidade das chamadas “novas famílias”. A partir desta nova visão, a adoção também não pode se limitar às situações convencionais, neste caso em análise a adoção póstuma, que, segundo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, não deve mais se restringir aos limites impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que, em seu artigo 42, parágrafo 6º, exige a observância do requisito da manifestação da vontade do falecido adotante no curso da propositura da ação, já que esta concepção da legislação menorista vai de encontro com o novo enfoque buscado pelo Direito de Família desde o surgimento da Teoria da Desbiologização da Paternidade. Não obstante, este estudo tem o escopo de demonstrar a necessidade de

* Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; bolsista da FUNCAP; especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC.

uma previsão legal acerca da situação fática, devido à importância da adoção póstuma em considerar a demonstração do estado de família das partes e não a mera declaração de vontade em juízo, porém cumpre também salientar que, a partir do novo entendimento jurisprudencial, os reflexos para o direito sucessório devem ser observados, a fim de evitar possíveis fraudes no requerimento desta modalidade de adoção. Dessa forma, o objetivo do trabalho é salientar, a partir do estudo de caso da decisão recente do STJ, o reconhecimento da adoção de fato após a morte do adotante com base na afetividade do estado de filiação, apesar da posição contrária do ordenamento jurídico, com intuito de analisar uma possível modificação da legislação brasileira em relação ao instituto da adoção póstuma e também destacar a importância da devida ponderação do Judiciário na análise do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção Póstuma; Parentalidade Socioafetiva; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The socio-affective parenting which houses family relationships from the bond of affection is a subject of undeniable importance due to the constant changes that occur in the formation of families, that were left to be handled by traditional and formalistic approach to encompass a plurality of so-called “new families”. From this new view, the adoption cannot be limited by conventional situations in case of posthumous adoption, that the order of the Superior Court of Justice should no longer be restricted to the limits imposed by the Statute of Children and Adolescents in its article 42, paragraph 6, that requires compliance with the requirement of manifestation of the will of the late adopter in the course of filing the lawsuit, since this conception of legislation is aligned with the new approach being pursued by the law of family since the emergence of the theory of “Desbiologização da Paternidade”. Nevertheless, the study has the scope to demonstrate the need for a legal provision about the factual situation, due to the importance of adopting posthumously to consider the statement of family status of the parties and not the mere declaration of will in court. It’s also worth pointing out that from the new legal understanding the reflections for the succession law must be observed in order to prevent possible fraud in the application of this type of adoption. Thus, the aim of this work is to emphasize, from the case study of the recent decision of the Supreme Court, recognizing the fact of adoption after the death of the adopter based on affection status of membership, despite the contrary view of the law, in order to analyze a possible modification of the Brazilian legislation in relation to matters of posthumous adoption and also highlight the importance of proper weighting of the judiciary in the analysis of the case.

KEYWORDS: Posthumous Adoption; The Socio-Affective Parenting; Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

O instituto da adoção, apesar de estar inserido na legislação e nos costumes brasileiros há muitos anos, continua ainda sendo visto com um caráter apenas jurídico, ou seja, o verdadeiro intuito da adoção, que é a criação de um laço afetivo fático e a prioridade da colocação em uma família substitutiva daqueles que não tiveram oportunidade de amparo de uma família biológica, muitas vezes não é efetivado na prática da adoção.

Essa realidade ocorre, principalmente, pela existência de uma legislação que se encontra ultrapassada, já que impõe uma série de obstáculos, por exemplo, obediência a uma extensa lista de habilitação, para a efetivação da adoção e pela morosidade do Judiciário, impedindo, assim, que muitos consigam a oportunidade de crescerem no seio de uma família.

Neste sentido o instituto da adoção póstuma também se encontra limitado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois esta modalidade de adoção encontra-se restringida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que pressupõe esta somente nos casos em que o desejo de adotar é manifestado ainda em vida.

Diante disso, em contrapartida, o presente artigo propõe estudar a recente decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual decidiu que é possível a adoção póstuma mesmo que o processo não tenha sido iniciado com o adotante ainda vivo. O trabalho propõe também estudar as consequências para a legislação referente à adoção, já que esta decisão demonstra a superioridade do afeto no estado de filiação entre adotante e adotado, além de buscar pontuar algumas implicações para o direito sucessório, na medida em que deve buscar parâmetros cada vez mais concretos visando a não transformação do instituto em aspectos puramente patrimoniais.

A partir desta decisão, também será analisada a necessidade da previsão legal do instituto da adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial prévia por meio da conformidade com os princípios e doutrina que norteiam o novo conceito de família, como também da Teoria da Desbiologização da Paternidade, de autoria de João Baptista Villela, a qual se apresenta como o elo entre a previsão legal da adoção póstuma, contida no artigo 42 § 6º da Lei nº 8.069/90 e a adoção póstuma idealizada. Desta feita, busca-se apresentar à comunidade jurídica a possibilidade de elasticidade da adoção póstuma contida no Estatuto, surgindo daí a adoção póstuma sem manifestação judicial prévia.

Verifica-se, portanto, a necessidade de superação de alguns pontos controversos existentes na legislação vigente para que o instituto da adoção póstuma esteja plenamente de acordo com a real finalidade da adoção, que deve ser determinada não só mais pela paternidade biológica ou registral, mas sim pela parentalidade socioafetiva.

Assim, o instituto jurídico da adoção, que antes servia à formação de um núcleo familiar, hoje se traduz nas necessidades dos maiores interessados pela própria adoção, ou seja, o foco principal da adoção não é mais apenas a vontade do adotando, prioriza-se agora a melhor opção para o adotado, independentemente do rigor procedimental exigido pelo instituto em questão.

Em suma, o presente trabalho aborda a adoção póstuma, explicando inicialmente a estrutura da adoção em sua parte geral, interligando-se a noção da modalidade da adoção póstuma em si, para então verificar, a partir do estudo de caso da decisão proferida pelo STJ, que inseriu

novos parâmetros para a determinação da filiação, a possibilidade de adequação da previsão legal ora existente com o novo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

1. O INSTITUTO DA ADOÇÃO SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Civil de 1916 foi o pioneiro a tratar do tema adoção, mas permitia somente a adoção de quem não tivesse filhos. A adoção era realizada mediante uma escritura pública e o vínculo decorrente desta era somente entre adotante e adotado.

Posteriormente, a Lei 4.655/65 admitiu a chamada legitimação adotiva, que passou a exigir a necessidade de decisão judicial e cessação de vínculo com a família biológica do adotado. Neste mesmo sentido foi aprovado o Código de Menores (Lei 6.697/79), que permitiu a extensão do vínculo de parentesco com a família dos adotantes.

Mas foi somente a Constituição de 1988, que, em seu artigo 227, parágrafo 6º, permitiu que não houvesse distinção entre filhos biológicos ou adotivos. É o que se observa no referido dispositivo constitucional: “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”.

Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90) passa a disciplinar a adoção de menores. Porém, com o advento do Código Civil de 2002, ambos passam a tratar da adoção de menores. Neste caso, o ECA se sobrepõe por se tratar de uma legislação específica, compondo o chamado microssistema, decorrente de sua autonomia perante o Código Civil.

A própria Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/09) ratifica que todos os princípios atinentes ao ECA serão aplicados também à adoção de maiores, a qual se encontra disciplinada no ordenamento civil (artigo 1.619). Nestes termos Gustavo Tepedino (2000, p. 547) diz:

Caracteriza o que se convencionou chamar de processo de decodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas.

Compreende-se, então, que em relação ao instituto da adoção surgiram novas regras, que devem ser observadas de acordo com o já citado Código quando houver dúvidas sobre a aplicação dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre isso discorre Sílvio

Rodrigues (2003, p.389): “Omissa a lei, só devem ter por revogados os dispositivos incompatíveis com a nova legislação. No mais, ainda se preservarão os critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção nele prevista”.

Neste sentido, o ECA, como um efetivador da doutrina da proteção integral, passa a regulamentar boa parte do instituto da adoção, já que busca atender de uma forma mais criteriosa o melhor interesse de quem necessita ou se encontra em situação de vulnerabilidade, isto é, a maioria daqueles que estão à procura do acolhimento de um lar.

Nessa senda, percebe-se que a adoção é um instituto cuidadosamente disciplinado na legislação brasileira, principalmente ao eleger o ECA como um disciplinador dos ditames procedimentais da adoção, o que trouxe muitos benefícios, quando por exemplo aborda o assunto contido em seu artigo 48, o qual prediz que a adoção é irrevogável, dispondo que, uma vez concedida a adoção e transitada em julgado a referida decisão, ocorre a imutabilidade do ato. A adoção não poderá ser revogada, nem por acordo entre as partes, nem por outra decisão judicial, salvo nos casos em que a sentença que concedeu a adoção estiver eivada de algum vício.

Isso porque a adoção é o único meio de inserir uma criança em um segundo lar, que seria o dos pais substitutos, conferindo à criança a qualidade de filho dos mesmos. Porém na tentativa de resguardar a integridade do instituto, encontram-se muitas vezes dispositivos com conteúdos conservadores que se chocam com o novo conceito de adoção que prima pelos laços socioafetivos.

Dessa forma, prudente a ressalva do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 6), que bem enfatiza: “As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se à necessidade de afeição e aos elevados interesses da sociedade”.

O próprio artigo 43 do Estatuto da Criança e Adolescente, em igualdade com o artigo 1625 do Código Civil de 2002, busca essa consonância com a parentalidade socioafetiva ao dispor que a adoção só será deferida se trouxer reais vantagens para o adotado. Segundo comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente, particularmente à Subseção IV, Da Adoção, o Dr. Carlos Eduardo Pachi (2006, p. 34), Juiz de Direito do Estado de São Paulo: “a adoção deixou de ser vista como um ato de caridade, passando a ser uma forma de se ter filhos por outro método que não o biológico”.

Assim, nos dias atuais, após a análise do entendimento da legislação acerca da adoção, compreende-se que a interpretação das normas infraconstitucionais, no caso em tela do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve estar conectada com o que estabelecem os novos parâmetros adotados pela conceituação do instituto ora analisado.

1.1 Dos princípios constitucionais envolvidos na questão da adoção

A adaptação do nosso ordenamento à evolução social das novas famílias findou por incorporar mudanças legislativas advindas com a regulamentação dos aspectos fundamentais do direito de família à luz dos princípios constitucionais, ou seja, em consonância com o que estabelece o artigo 227 da CF/88 e também os novos aspectos. Alguns destes princípios são correlatos com o instituto da adoção. Eis alguns que englobam o assunto ora examinado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido no Texto Maior, nos remete à proteção do indivíduo assegurando-lhe o mínimo existencial, ou seja, as condições materiais mínimas de existência. É a tese sustentada por Ana Paula de Barcellos (2008, p. 352):

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna [...]. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado com o instituto da adoção, já que constitui um parâmetro limítrofe para a boa convivência familiar, isto é, estabelece limites a uma vida digna aos indivíduos pertencentes ao núcleo da família, permitindo então que também a adoção seja um meio de proporcionar uma vida digna ao adotado, além do que funciona como um garantidor constitucional no que tange ao Estado, no sentido de que este não deve apenas abster-se de evitar situações que atentem contra a dignidade humana, mas também tem o dever de criar meios que promovam essa dignidade, por exemplo, maior celeridade dos órgãos estatais na colocação em famílias substitutas daqueles que se encontram sem um amparo familiar ou instituição de leis que visem à promoção e eficácia do instituto da adoção.

Outro princípio norteador da adoção é o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, sendo um princípio constitucional consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, e recepcionado em outros diplomas como o Código Civil em seus artigos 1.596 a 1.629,

considerado então uma decorrência do princípio da dignidade humana, já que tem como objetivo ressaltar o direito de tratamento igualitário de todos os filhos, independente de quaisquer distinções discriminatórias referentes à filiação. Maria Helena Diniz (2008, p.27) enfatiza a importância deste princípio para a organização do novo conceito de famílias:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriidade”.

O princípio do pluralismo familiar também pode ser invocado ao se falar em adoção no sentido de que este parte do pressuposto de uma pluralidade de comunhão familiar, não sendo somente aquelas constituídas pelo casamento, por exemplo, a família monoparental, estendendo também a adoção por solteiros com intuito de preservar o melhor interesse para o adotado, segundo o artigo 25 do ECA. É o que afirma Maria Cláudia Brauner (2004, p. 273): “O seu bem-estar e o seu interesse significam os elos fundamentais da filiação adotiva”.

Além disso, a chamada Lei da Adoção instituiu o conceito de família extensa, permitindo a adoção entre parentes próximos quando existir vínculo de afetividade, ou seja, estabelecendo que possa ser também uma única pessoa, um casal ou até mais de um parente.

Cumpra também ressaltar o princípio do superior interesse da criança e do adolescente disposto no caput do artigo 227 da Carta Magna, o qual busca resguardar a estes destinatários um tratamento especial, ante a sua vulnerabilidade e fragilidade. Como o instituto da adoção é formado por uma parcela significativa de crianças e adolescentes, este é um princípio invocado com absoluta prioridade na colocação em famílias substitutas destes que necessitam de uma proteção especial, pois ainda estão em pleno desenvolvimento da personalidade.

Já o princípio da afetividade tem grande relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado um disciplinador das atuais relações familiares, estando presente nos artigos 226, §4º e 227, caput, da Constituição Federal, os quais preveem, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, da mesma forma que a família matrimonializada; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem. É o que afirma Tânia da Silva Pereira (2003, p.42):

“Há que se abandonar esta maior ênfase atribuída ao biologismo da paternidade, tão comum nos países latinos, e considerá-la no âmbito da proteção e carinho dedicados a alguém que, por opção, escolheu como filho. Há que se considerar, sobretudo, a ‘paternidade social’, nitidamente configurada na relação familiar decorrente da adoção.”

O princípio da afetividade possui então um valor incomensurável, atribuição dada pelo próprio ordenamento jurídico pátrio, na medida em que permitiu o reconhecimento legal e jurídico às relações de parentesco consubstanciadas no referido princípio, ao mesmo tempo em que afasta gradativamente a supremacia do vínculo genético.

Por último, destaca-se o princípio da solidariedade familiar, que consiste em um princípio formado por duas vertentes: externa e interna. A primeira se refere ao conjunto de políticas públicas que garantem o atendimento das necessidades familiares dos que não possuem condições de arcar com as despesas do núcleo familiar e a segunda é entendida como o dever de cooperação mútua entre os membros da família para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer).

Assim, percebe-se a importância do afeto nas relações jurídicas que ligam os integrantes de uma família, principalmente os oriundos do vínculo adotivo. Observa-se também por este princípio que no caso da adoção póstuma há uma preocupação maior com o amparo do adotado em relação aos quesitos material e imaterial pelo adotante vivo que assume esta responsabilidade de proteção integral, angariando uma suposta vontade do falecido demonstrada em vida. É o que explica Paulo Luiz Netto Lobo (2007, p. 5):

“A solidariedade instiga a compreensão da família brasileira contemporânea, que rompeu os grilhões dos poderes despóticos – do poder marital e do poder paterno, especialmente – e se vê em estado de perplexidade para lidar com a liberdade conquistada. Porém, a liberdade não significa destruição dos vínculos e laços familiares, mas reconstrução sob novas bases. Daí a importância do papel da solidariedade, que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela corresponsabilidade”.

Infere-se então que, na análise da adoção em si e mais especificadamente do instituto da adoção póstuma, existem princípios constitucionais basilares que se relacionam uns com outros a fim de alcançar uma harmonia das relações familiares, que nos dias atuais proclamam a necessidade de valorizar o reconhecimento da filiação socioafetiva, uma vez que a hegemonia da consanguinidade vem sendo mitigada, como se vê, pela própria interpretação constitucional principiológica dos diversos dispositivos inerentes às relações jurídicas prementes à adoção.

2. ADOÇÃO: CONCEITO SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO ATUAL

Ao fazer o estudo da adoção, segundo Silva Filho (2009, p. 135), são cristalinas as mudanças que tal instituto percorre desde a Antiguidade, sendo até considerado para fins religiosos, na medida em que visava perpetuar o costume doméstico dos antepassados. Tal finalidade passou por transformações, ora prevalecendo os interesses do adotante e, atualmente, devendo se sobrepor os interesses do adotando. De acordo com Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 291): “Com o passar dos tempos, seu sentido se alterou, passando, nos dias de hoje, a significar o dar uma família a quem não a possui. Podemos efetivamente afirmar que a adoção evoluiu de um caráter potestativo para um caráter assistencialista”.

Com o passar dos tempos e com a evolução do direito das famílias, houve uma verdadeira revolução do sentido do instituto. Maria Berenice Dias (2013, p. 498) adota bem a conotação atual ao dizer que “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. Na mesma linha de pensamento, Luiz Edson Fachin (1999, p. 219) reforça que “trata-se de modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção.” Observa-se por esta definição que a adoção é um meio que vislumbra primordialmente o afeto entre os pais e filhos.

Por essa conceituação moderna, supera-se o pensamento tradicional de que o estado de filiação decorre de um fato natural, isto é, o nascimento, ou de um ato jurídico condicionado à permissão judicial – a adoção. É o que enfatiza Arnaldo Rizzardo (2004, p. 550): “Esse conceito persegue as razões legais e seus efeitos, mas representa somente uma face do instituto”. Nesse sentido entende-se adoção como uma paternidade socioafetiva, cuja base transcende o fator biológico ou judicial, mas assenta-se em fator sociológico.

Cumprindo ainda lembrar, a partir do entendimento atual do instituto da adoção, discorrer sobre as categorias da adoção previstas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais sejam: unilateral, conjunta, “à brasileira” ou afetiva, póstuma e homoparental, cada uma com suas respectivas distinções na busca da conformidade com os novos padrões de famílias. Serão exemplificadas as mais frequentes abordadas pela doutrina.

A adoção unilateral é aquela que dispõe o pedido feito por apenas uma pessoa, com previsão legal no art. 42, “caput”, do ECA. Essa modalidade de adoção se ajusta à família

monoparental, aquela em que o indivíduo vive sozinho e busca na adoção a possibilidade de constituir família. Em contrapartida há adoção conjunta sendo que esta será outorgada a adotantes casados civilmente ou que mantenham união estável e que comprovem a estabilidade da família, conforme disposto no art. 42, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também, segundo o artigo 4º do ECA, é permitida essa modalidade aos divorciados, aos judicialmente separados e aos ex-companheiros, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas.

A doutrina atual também especifica a adoção *intuito personae*, situação em que os pais biológicos entregam a criança à pessoa certa e determinada; no entanto, essa pessoa deve preencher os requisitos objetivos e subjetivos para a adoção. Neste caso, os candidatos à adoção não seguem o cadastro previsto no artigo 50 do Estatuto da Criança e Adolescente. A mãe biológica que pretenda entregar seu filho à adoção já possui um pretense adotante.

Igualmente, existe também a adoção “à brasileira” ou afetiva, sendo que 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. Apesar de ser tipificado como um crime pelo Código Penal Brasileiro, a doutrina entende que a figura do afeto se sobrepõe para afastar condenações na prática desta modalidade adotiva.

Quanto à categoria de adoção homoparental, apesar de ainda haver divisão de opiniões, não há qualquer impedimento aos casais homoafetivos para se habilitar à adoção, ou seja, estão dentro das mesmas exigências para o deferimento da adoção permitidas aos demais casais. Segundo o artigo 43 do ECA, deve-se seguir o melhor interesse para o adotado.

Nesse diapasão, pelo estudo destas modalidades de adoção, percebe-se uma repersonalização do direito de famílias, ampliando os direitos de filiação para o âmbito afetivo. A partir da análise destes modelos, verificar-se-á a adoção póstuma e suas peculiaridades, no sentido de ser um instituto mais complexo, já que, ao mesmo tempo que deve ser compreendida como uma verdadeira filiação afetiva, também possui no seu teor elementos que refletem diretamente na sucessão entre falecido adotante e o seu pretense adotado.

2.1 Adoção Póstuma: Análise de seus aspectos conceituais e suas possíveis consequências para o direito sucessório

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)”.

Essa modalidade de adoção consiste no deferimento da adoção depois do falecimento do adotante desde que proposta antes do óbito, segundo o artigo 42, parágrafo 6º. Contudo, a partir da recente decisão do STJ, deixa este de ser um requisito para que se opere a chamada adoção socioafetiva. É a tese sustentada por Maria Berenice Dias (2013, p. 508):

Ora, no momento em que é admitida a possibilidade de adoção, mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se esta aceitando o reconhecimento da paternidade afetiva. Até porque é isso que a sentença faz. Flagrada a existência de posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção.

Assim, após analisar a posse do estado de filho, pode-se afirmar que esta situação torna-se mais que uma mera exteriorização de vontade realizada por escrito pelo falecido, porque este reconhecimento é realizado pelo de cujus 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, correspondendo a uma série muito mais ampla de acontecimentos que se estendem no tempo e que são perfeitamente objetos de suporte para o deferimento da adoção.

Nesse sentido a adoção póstuma está em total acordo com a Teoria da Desbiologização da Paternidade. O professor João Baptista Villela foi um dos precursores da afetividade na seara do Direito das Famílias, vez que o mesmo, em fantástico pensamento futurístico, cunhou a determinada tese cujo 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. É o que afirma o próprio João Baptista Villela (1980, p. 50):

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.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao restringir a adoção póstuma aos requisitos de manifestação de vontade do falecido e do procedimento instaurado anteriormente ao

óbito, vai de encontro com os novos ditames da parentalidade socioafetiva observados no estudo dos princípios que permeiam o Direito de Família, além de afastar a Teoria da Desbiologização da Paternidade, que deveria ser interpretada em conjugação com o referido Estatuto a fim de elastecer o denominado permissivo legal para inserção na norma legal da possibilidade da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, atendendo a doutrina dominante e o entendimento recente do STJ acerca do tema.

Porém, deve-se observar que, apesar da urgência dessa nova interpretação da adoção póstuma, é de extrema importância a análise do caso concreto para o deferimento dessa modalidade de adoção a fim de que possíveis fraudes sejam evitadas, já que esta repercute diretamente na sucessão do pretense adotante falecido.

A partir do momento do reconhecimento da filiação afetiva *post mortem*, adquire o adotado a qualidade de herdeiro descendente de primeiro grau. Sendo a adoção póstuma admitida pela jurisprudência que a ação seja proposta mesmo depois do falecimento do adotante, independentemente do requerimento do de cujos no início da demanda, surge então a possibilidade para que seja admitida a investigação de paternidade afetiva, neste caso podendo ser cumulada com a petição de herança, ou seja, o requerimento à reserva de bens para assegurar o recebimento de seu quinhão.

Assim, verifica-se que o magistrado, diante da ação de investigação de paternidade socioafetiva, utiliza elementos identificadores do estado de filiação especificados pela doutrina, como o *tractus* (o possível adotado é tratado pelo falecido adotante como filho); *nomen* (a pessoa porta o nome da família do pretense adotante) e fama (o requerente que postula o requerimento da posse de estado de filho é tratado como este pela família e comunidade). Ressalte-se que eles não são elementos obrigatórios no reconhecimento de vínculo da filiação, apenas possíveis parâmetros a serem observados pelo juiz no caso concreto. O mais importante é demonstrar que a adoção póstuma pode ser deferida apenas pela observância destas ou outras formas de manifestações que confirmem a constituição do elo parental.

Como se vê, o novo entendimento jurisprudencial da adoção póstuma aumenta a subjetividade na utilização dos parâmetros na ponderação de interesses para o deferimento da mesma, o que requererá uma maior cautela do magistrado no intuito de afastar fatos que viciam o instrumento jurídico em questão, por isso a necessidade de uma regulamentação que estabeleça critérios mais objetivos para o caso concreto. Ana Paula de Barcellos (2005, p. 360) defende a

utilização destes parâmetros no raciocínio da atividade ponderativa para abalizar a resolução de demandas judiciais. Para a autora, esse exercício doutrinário deve ser incentivado, pois acaba por fornecer ao juiz valiosos parâmetros para decidir, proporcionando maior segurança e uniformidade à interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como reduzindo a subjetividade da atividade de ponderar.

Sob essa ótica, a adoção póstuma passou a ser deferida com base em uma interpretação extensiva do artigo 42, § 6, da Lei nº 8.069/90, com redação dada pela Lei nº 12.010/09 fundamentada com base nos princípios constitucionais que norteiam a concepção moderna de família, destacando-se o princípio da afetividade, transferindo-se ao magistrado a responsabilidade de verificar a veracidade dos elementos probatórios que comprovem o desejo de adoção do falecido adotante. Diante destas situações, Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p.212) afirma que na dúvida o estado de filiação deve ser favorecido.

Cumprе demonstrar esse exercício da atividade ponderativa do Poder Judiciário na análise das posições formadas em duas decisões recentes do Tribunal de Justiça do Maranhão e do Tribunal de Justiça de Goiás. No primeiro caso, o juiz Antônio Manoel Araújo Velôzo, titular da 4ª Vara de Caxias, julgou procedente a ação investigatória póstuma de maternidade socioafetiva movida por R.G.L. A filha e requerente da ação explica que, quando tinha oito meses de idade, ela foi entregue a M.O.A. em Brasília (DF). A mãe biológica tinha poucos recursos, por isso a entregou à nova família. Em vida, M.O.A. respondia por todos os deveres de mãe, nunca deixando faltar nada à filha de criação. A decisão, segundo ele, foi baseada primordialmente no princípio da afetividade, nos requisitos exigidos para configurar a posse do estado de filha da autora e também no conceito de adoção póstuma, “pois no caso em apreço, as provas produzidas revelaram a inequívoca vontade da mãe socioafetiva em adotar a requerente, o que não foi possível em razão do seu falecimento”.

Diante do caso o juiz também teve uma preocupação (que deve ser sempre atinente nos casos de adoção póstuma) de investigar se o objetivo visado pela autora se limitava a aspectos meramente patrimoniais. “É certo que o deferimento do pedido teve repercussões materiais, mas restou evidenciado que a falecida criou a demandante com zelo, amor e carinho e que esses sentimentos eram recíprocos, além de lhe prestar toda a assistência material”. Para a advogada Fabíola Albuquerque, diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família de Alagoas (IBDFAM), o juiz se baseou numa interpretação conforme a Constituição e em princípios utilizados explicita e implicitamente, como: “a posse de estado de filho, rendendo ensejo à

atribuição do estado de filiação, a socioafetividade, a convivência familiar, o melhor interesse, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade”.

Na segunda decisão, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), por unanimidade de votos, não concedeu adoção de três irmãos criados pela madrasta falecida. Eles reivindicam os mesmos direitos sucessórios do único filho biológico desta com o pai dos requerentes. O magistrado, na análise do caso concreto, entendeu que não houve intenção da madrasta de adotá-los. Apesar de conviverem juntos, não houve nenhuma manifestação inequívoca de reconhecimento da filiação, e cita o artigo 1953 do Código Civil que diz “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Porém a doutrina de Maria Berenice Dias (2008, p. 47) cita que os filhos de criação devem ser considerados filhos socioafetivos:

A tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados filhos de criação, enquadráveis na filiação socioafetiva, hipótese que corresponde a veementes presunções de fato já certos. E quem goza da condição de filho precisa ser inserido na condição de herdeiro.

Como se vê, é inegável a instabilidade hermenêutica decorrente da subjetividade dos Tribunais nos casos concretos, e mesmo com o posicionamento recente do STJ novas circunstâncias poderiam ser motivos de controvérsias no direito sucessório. Por exemplo, em uma situação hipotética, o cônjuge varão casado sob o regime da separação obrigatória em decorrência de peculiaridades fáticas do caso vertente (cônjuge com mais de 70 anos), o cônjuge virago sobrevivente, com idade mais jovem, possui filho menor de outro relacionamento e este morava com o casal. Esta então, por motivos patrimoniais (não considerado herdeiro necessário) e não desejando ficar em desvantagem perante aos demais filhos do de cujos de anterior casamento, propõe ação com o pedido de adoção póstuma alegando o vínculo de afeição. Como proceder se os parâmetros de assistência material e possivelmente de afetividade restam-se configurados? O que cumpre dizer é que, como uma das partes não tem como demonstrar sua real intenção em decorrência de uma situação fática, por muitas vezes, adventícia, a dúvida é um elemento constante no deferimento da adoção póstuma, mas que também não pode ser entrave para o seu deferimento.

Uma das possíveis formas de sanar esse subjetivismo deve ser prioritariamente a mudança da regulamentação hoje vigente (visivelmente ultrapassada de acordo com a doutrina e jurisprudências familiaristas). Um dos parâmetros que poderiam ser inseridos na legislação que

regula a adoção póstuma, evitando a subjetividade das decisões, seria o instituto do testamento como prova da manifestação inequívoca do *de cujos*, que funcionaria como um ato de resguardar futuros conflitos com possíveis sucessores, o que é bastante comum nas demandas referentes a esta modalidade de adoção.

O testamento, sendo um documento jurídico que possui formalidades determinantes para a produção de sua eficácia, não servindo apenas na repartição de patrimônio, mas também para determinar providências de caráter pessoal ou familiar, conforme a definição de Maria Helena Diniz (2003, p. 146), possui mais segurança jurídica do que os demais elementos fáticos probatórios utilizados por muitos magistrados em favor da adoção póstuma, como por exemplo a assistência médica, o pagamentos de escolas, a inclusão beneficiária, o que evitaria a dúvida sobre a real vontade do *de cujos* da adoção.

Dessa forma, o ato testamentário amplia o poder discricionário do seu titular, o que nos faz recordar este instituto como uma das principais manifestações da autonomia de vontade de um indivíduo. A adoção também se configura por essa liberdade de se filiar a outro ser humano espontaneamente. Ambas são, portanto, interligadas à autonomia privada, ou seja, ao direito das pessoas de eleger suas escolhas. É o que observa Luís Roberto Barroso (2010, p. 191):

A autonomia privada é a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas.

De acordo com estas considerações, é salutar a necessidade de uma regulamentação por meio da legislação responsável pelo instituto da adoção, estabelecendo parâmetros concretos para o juiz averiguar se está diante de uma verdadeira filiação afetiva ou se o possível adotado está apenas requerendo os benefícios patrimoniais decorrentes da concessão da adoção póstuma.

Portanto, percebe-se que o novo entendimento jurisprudencial da adoção póstuma sem a necessidade de procedimento judicial em curso buscou enfatizar a importância do elemento afetivo, que nas palavras do advogado gaúcho Rolf Madaleno (2010, p. 250): “É a verdadeira filiação, que se constrói ao longo do tempo”.

É primordial, então, a observância dos magistrados no deferimento deste tipo de adoção, pois não se pode deixar que o instituto que reza pela forma de filiação baseada no amor, afeição, carinho e principalmente num ato liberal de vontade de tornar-se pai ou mãe de alguém que, por

opção, escolheu como filho, possa ser utilizado com escopo de se auferir somente vantagens patrimoniais.

2.2 Adoção póstuma sem manifestação judicial prévia: a necessidade de uma regulamentação pela legislação que disciplina o instituto da adoção

A interpretação do artigo 42, parágrafo 6º, conferida pelos Tribunais brasileiros e mais recentemente sedimentada pelo STJ em primazia ao artigo 1º do ECA¹, em conjunto com a interpretação da norma constitucional disposta no artigo 227 da Constituição Federal, abriu caminhos para que haja uma nova modalidade de adoção póstuma na legislação brasileira, isto é, sem manifestação judicial prévia.

Este entendimento de conceder à norma estatutista uma interpretação mais abrangente já vem sendo consolidado há bastante tempo, por exemplo, na manifestação do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 457.635/ PB². Transcreve-se, a seguir, a ementa:

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 artigo 42, parágrafo 5º [redação anterior à L. 12.010/ 09]. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, on-line, 2013).

A argumentação supra enquadra-se perfeitamente às novas diretrizes buscadas pelos fundamentos axiológicos do princípio da afetividade, conferindo uma interpretação extensiva ao artigo 42, parágrafo 6º. O instituto da adoção póstuma, como se vê, reflete bem o que se pode

¹ Artigo 1º da Lei 8.069/90 refere-se à doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes. Conforme afirma Maria Berenice Dias: (20103, p. 70): “A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF 227, parágrafo 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação.” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.9, p. 70, 2013). Para Paulo Lôbo (2011, p. 45): “A doutrina da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”. (LÔBO, Paulo. Famílias. **Saraiva** São Paulo, n.4, p. 45, 2011).

² Resp n 457.635/PB, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma, julgado em 19/11/2002, DJU 17/03/2003.

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

Em tese este entendimento da paternidade afetiva é bem mais antigo. Sendo introduzido, como vimos, por João Baptista Villela na década de 70, com sua Teoria da Desbiologização da Paternidade, sendo mais tarde consolidada na doutrina pelo jurista Luiz Edson Fachin (1992), tem a sua existência ou coexistência reconhecida no âmbito da realidade familiar e sua moldura jurídica extrai-se do artigo 1.593 do Código Civil (2002), quando a relação de filiação resulta de outra origem que não a da consanguinidade.

A partir desta conjugação da Teoria da Desbiologização da Paternidade, a qual prima pela paternidade socioafetiva, fortalecida com os demais princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, tendo em conta a amplitude do conceito de família ofertado pela Constituição Federal de 1988, foi que o Judiciário brasileiro passou a realizar a interpretação extensiva do artigo 42, parágrafo 6º, garantindo-se assim uma nova modalidade de adoção póstuma, ou seja, 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.

Porém, se tem conhecimento de que, apesar do entendimento e posicionamento influente por meio de decisões judiciais de acordo com o crescimento e a consolidação da paternidade socioafetiva (vide Enunciado Programático 06/2013, do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM),³ dentro da nova visão familiar, a subjetividade das decisões relativas à adoção póstuma pode proporcionar diferentes interpretações, já que, como foi visto anteriormente, se trata de modalidade adotiva que envolve peculiar situação: a não presença do interessado, além de acarretar reflexos diretos no âmbito de incidência das normas de sucessão, sendo nestes casos imprescindível que, ao analisar o caso concreto, seja perquirido um conjunto probatório que seja

³ Enunciado Programático 06/2013 do Instituto Brasileiro de Direito de Família diz que “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”. Segundo Jones Figueirêdo Alves (2013, online) a partir do conteúdo enunciativo: “Os filhos socioafetivos tornam-se, pelo Provimento editado, os seus maiores beneficiários, porquanto, para além de uma autoestima elevada, ante a existência de um pai civil (socioafetivo), a sua dignidade como pessoa humana se coloca em nível de equipotência com a dos filhos biológicos, pela igualdade jurídica- substancial que congrega todos os filhos; todos amparados, então, por um poder familiar”.

suficiente para o convencimento do magistrado em aplicar com segurança esse tipo de adoção, agravando-se ainda mais com a inadequação da legislação, que não acompanhou estas mudanças. Em relação à subjetividade, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p.57) destaca que esta é inerente à condição humana do juiz e diz: “Enfim, qualquer decisão, mas particularmente no Direito de Família, revela, em última análise, a posição do julgador diante da vida, que é subjetiva”.

Portanto, de tal sentir resta-se urgente a modificação do artigo 42, parágrafo 6º, incluindo em sua redação: adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, além de buscar pontuar os parâmetros para os magistrados identificarem a inequívoca manifestação de vontade de ter como filho no transcurso da vida do pretense adotante, já que o atual texto encontra-se sem qualquer sintonia de fato com o real sentido da vida que a sociedade e, no particular a família, nos ensina, fazendo com que o Judiciário, num verdadeiro ato de ativismo judicial, rechaça a interpretação gramatical desta referida norma restritiva dos princípios consagrados para a realização da interpretação de tal ato de maneira elástica, a fim de buscar a socioafetividade na integralização do seio da família.

Em suma, está mais do que na hora de a legislação também procurar se adaptar a este novo parâmetro da afeição, inserindo-a no texto da lei ante a sua importância como um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, ou seja, a mola propulsora na constituição das novas famílias. Em menos palavras: socioafetividade, na esfera familiar, é a vida pulsando em sua realidade inexorável de afeições, a partir do contexto mais nuclear, sendo então a invocação da adoção póstuma um dos atos mais afetivos em que se pode visualizar a paternidade socioafetiva.

3. DA ANÁLISE DA DECISÃO DO STJ Nº 1.217.415-RS: ESTUDO DE CASO DOS PARÂMETROS DISCUTIDOS E A SUPREMACIA DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NO DIREITO FAMÍLIA

A decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ⁴ decidiu sobre a possibilidade da adoção póstuma, mesmo que o processo não tenha sido iniciado com o adotante

⁴ Esta mesma Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2007 foi pioneira ao admitir a possibilidade de adoção póstuma anterior à mudança configurada pela Lei 12.010/09 ao artigo 42, parágrafo 5º, alterado pelo parágrafo 6º, que acrescentou a possibilidade de adoção póstuma quando o pretense adotante vier a falecer no curso do procedimento da ação. Neste sentido foi permitido que fosse concluído o processo de adoção de

vivo. A maioria do colegiado seguiu o entendimento da relatora, ministra Nancy Andrichi, que sustentou a necessidade de se reconhecer que o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não limita a adoção póstuma aos casos em que o desejo de adotar é manifestado ainda em vida. Tratava-se de processo originário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se postulava que a adoção póstuma fosse concedida conjuntamente a dois irmãos, sobre a qual se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial⁵ interposto pela União. Abaixo, trechos importantes da ementa:

ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. I. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado-maior interdito- na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujos desejava adotar, e também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. II. A redação do art.42, para grafo 5º, da Lei 8.069/90- ECA, remunerado como 6º pela Lei 12.010/09, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se recorrer a adoção póstuma, na hipótese do óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. III. Para as adoções post mortem vigem como comprovação da inequívoca vontade do de cujos em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. V. A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotado devem ser os fins colimados pela norma, e sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar não

uma criança de 7 anos por um senhor de 71 anos, que morreu antes do procedimento chegar ao fim. Os ministros julgaram o recurso proposto pelos irmãos do adotante contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que concedia a adoção mesmo depois da morte do interessado. Os familiares em questão alegavam que o adotante não era pessoa indicada para adotar uma criança de sete anos. Argumentavam que o único benefício a ser alcançado pelo menor é o financeiro, já que ele seria o único herdeiro do falecido. A ministra relatora Nancy Andrichi, ao contrário, observou a manifestação inequívoca do propósito de adotar ao analisar o conjunto probatório: adotante declarou como beneficiária de pensão militar em documento registrado 3 anos anterior seu falecimento, custeava a escola da criança, bem como plano de saúde em nome do menor. Eis os principais pontos discutidos: “ADOÇÃO POSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO. IV. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse jurídico tutelado. V. A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante, que após inequívoca manifestação de vontade venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, parágrafo 5º, do ECA). VI. Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, parágrafo 2º do ECA). VII. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existentes no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial. Recurso especial não reconhecido. (STJ, REsp 823. 384- RJ (2006/0038152-8), 3º T, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 22/03/2007).

⁵ Resp n 1.27.415-RS, Rel, p/acórdão Min. Nancy Andrichi, terceira turma, julgado em 19/06/2012.

pode ficar restrito as fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Recurso não provido. (BRASIL, on-line, 2013).

Na decisão foi discutida inicialmente a questão da possibilidade do deferimento da adoção conjunta entre dois irmãos, já que a disposição legal contida no artigo 42, parágrafo 2º, se refere apenas aos casados ou que vivem em união estável, porém para o colegiado estes agiam como uma família estável e diante da pluralidade que se adquiriu o conceito de família reconheceram que se tratava de uma família anaparental.⁶

Outro ponto que foi analisado foi a concessão da adoção póstuma sem a manifestação expressa do de cujos que deve ser entendida, segundo a ministra para além de uma interpretação simplista. De acordo com suas palavras: “O texto legal, na verdade, deve ser compreendido como uma ruptura no sisudo conceito de que a adoção deve-se dar em vida”. É o que salienta Caio Mario da Silva Pereira (2013 p.):

A lei contém na verdade o que o intérprete nela enxerga, ou dela extrai, afina em essência com conceito valorativo da disposição e conduz o direito no rumo evolutivo que permite conservar, vivificar e atualizar preceitos ditados há anos, há décadas, há séculos, e que hoje subsistem somente em função do entendimento moderno dos seus termos.

Quanto à hipótese configurada pelo legislador da manifestação inequívoca de vontade do adotante quando se tratar da adoção póstuma, será então ela o elemento *sine qua non*, já que nesta modalidade o procedimento judicial da adoção é apenas uma mera concretização formal do desejo de adotar, o qual deveria já estar consolidado e exteriorizado pelo adotante durante o período de convivência em vida.

Assim, no entendimento da ministra relatora, a adoção póstuma se confunde com o reconhecimento de uma filiação socioafetiva preexistente, e no caso julgado esta afirma

⁶ Família anaparental na definição de Maria Berenice Dias (2013, p. 55) ocorre quando existe uma “convivência entre parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito”, neste caso uma identidade familiar, com vínculos afetivos, constituindo-se então mais um exemplo da importância da parentalidade socioafetiva no conceito contemporâneo de família, já que adoção entre irmãos não é permitida pela legislação (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), que dispõe em seu artigo 42, parágrafo 1º, “ Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”, e no parágrafo seguinte estabelece a possibilidade de adoção conjunta apenas aos casados civilmente e os que convivem em união estável, porém a doutrina e a jurisprudência, com base no princípio da afetividade, entendem que se houver a comprovação de que agem como uma família entre si, com relações de afeto, essas estruturas de convívio em nada diferem da entidade familiar de um dos pais com seus filhos.

categoricamente haver sido construída pelo adotante falecido desde que o adotado tinha seis meses de idade. Segundo sua compreensão, esta afirma que diante dessas situações a comprovação da inequívoca vontade dar-se-á: “as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotado como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição”.

A partir desta decisão se vê que a jurisprudência entende, então, que para os casos de adoção póstuma a comprovação deve ser feita primordialmente pelo afeto, atuando este como um fator de afastamento da obrigatoriedade da manifestação de vontade ser formalizada, transferindo-se, então, essa demonstração de afeição como um elemento chave na observação dos magistrados ao analisar o conjunto probatório para ao longo da relação parental por meio do afeto.

Trata-se, portanto, de um processo socioafetivo de adoção. A denominada posse de estado de filho é mais do que simples manifestação escrita feita pelo de cujus, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção.

Adoção póstuma, seguindo, então, o parâmetro de uma filiação socioafetiva será baseada em elementos subjetivos (laços de afetividade), devendo ser analisada cada situação de forma pormenorizada do caso concreto. Ocorre que a ponderação com base em critérios subjetivos, por meio do qual os magistrados sopesam valores com intuito de aumentar a carga argumentativa da decisão, por muitas vezes é criticada por trazer a possibilidade de prejuízo para a segurança jurídica. Sobre o assunto manifesta-se Luís Roberto Barroso (2003, p. 331): “a vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias”.

Porém, neste caso do deferimento da adoção póstuma sem a manifestação expressa do de cujus, o magistrado, por mais que possua como prova fática os elementos subjetivos extraídos da existência de laços afetivos entre adotante e adotado, não realizará efetivamente uma ponderação de interesses, posto que na maioria das vezes estes estarão diante do direito fundamental à proteção integral a crianças e adolescentes que em conjunto com o princípio da afetividade tende (em regra, não há direitos absolutos) a prevalecer sobre qualquer outro por albergar os direitos de titulares mais vulneráveis e frágeis.

Além do que, a questão da subjetividade, como apresenta Ana Paula de Barcellos (2006, p. 20), não constitui um óbice para a interpretação judicial quanto à segurança jurídica, mas segundo ela essa experiência contínua formaria uma espécie de “banco de dados” formado por situações problemáticas típicas que serviram de parâmetros para novas demandas judiciais e que de acordo com esta “Esse exercício doutrinário deve ser incentivado, pois acaba por fornecer ao juiz valiosos parâmetros para decidir”, sendo inclusive o critério utilizado na fundamentação da decisão ora estudada segundo a declaração da ministra relatora:

O não reconhecimento dessa possibilidade, representaria evidente contrassenso em relação à jurisprudência do STJ, que reiteradamente tem admitido o reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem, quando coexistam nome, tratamento e conhecimento público da condição de filho. A tese já foi albergada pelo STJ, como se observa do como se observa do julgamento do REsp 457.635/PB, Rel. Min. Ruy Rosado, 4ª Turma, DJ 17032003.

Em suma, pode-se afirmar que a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a adoção póstuma, mesmo que o processo não tenha sido iniciado com o adotante ainda vivo, é um avanço para a doutrina da parentalidade socioafetiva, pois reflete que a adoção deve ocorrer e ser comprovada pelo afeto, sendo para a análise de cada caso essencial a comprovação da existência do vínculo de afetividade. Assim, o afeto passa a fazer parte do mundo jurídico de forma contundente.

Assim a par deste estudo, impende asseverar que, apesar da importância da decisão do STJ, o limite imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não é mais cabível de permanecer sedimentado na lei, visto que acaba por provocar o retrocesso e tornar lentos muitos processos relativos à adoção póstuma, em virtude de que o descompasso da lei é muitas vezes utilizado pela parte contrária ou até mesmo pela União (no caso em tela) para procrastinar o andamento do processo. Portanto, é necessário que a lei estipule esta nova modalidade, a adoção póstuma sem a manifestação judicial prévia, e que estabeleça parâmetros mais objetivos para evitar possíveis fraudes de caráter sucessório.

Somente assim o instituto da adoção póstuma estará em conformidade com os novos preceitos adotados pelo Direito de Família. Paraphrasing José de Alencar, “Um código civil não é a obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização, brilhante ou modesta, de um povo.”, ou seja, as leis codificadas devem seguir as transformações da sociedade.

CONCLUSÃO

A adoção póstuma é uma modalidade de adoção que se reveste de formalidades próprias, ao passo que possui pressupostos específicos para o seu deferimento segundo a legislação expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 42, parágrafo 6º. Esta exige a observância de dois requisitos: inequívoca manifestação de vontade se o adotante vier a falecer no curso do procedimento da propositura da ação.

Porém, esse rigor formalista encontra-se ultrapassado devido às novas premissas que norteiam o instituto, que evolui progressivamente juntamente com a configuração atual do Direito de Família, permitindo uma interpretação mais abrangente compatível com os princípios constitucionais da família. Dentre estes, o princípio da afetividade, que nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto, que ocorreu no caso em estudo já que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial mencionado demonstra a concordância com a visão da doutrina majoritária.

A importância do afeto se dá pelo fato de que ele não é fruto da biologia, mas da convivência familiar, incidindo diretamente, assim, no instituto da adoção, espécie de paternidade socioafetiva que se forma em um vínculo de parentesco baseado exclusivamente no amor, especialmente a modalidade de adoção póstuma que presume para a concessão da posse de estado de filho a averiguação da real vontade de um pretense adotante que já não pode mais comprová-la em vida.

Igualmente destacou-se que esses novos ditames do Direito de Família com base na parentalidade socioafetiva vêm sendo buscados há algum tempo, neste caso, com a Teoria da Desbiologização da Paternidade, a qual em seu conteúdo contempla a paternidade construída no amor, no afeto e na solidariedade, extremamente relevante para o reconhecimento da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia.

Dessa forma, a decisão do STJ supera um limite imposto pela legislação específica reconhecendo a parentalidade socioafetiva para além da vida sem a necessidade dos requisitos exigíveis pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O deferimento da adoção póstuma passa a ser por meio das mesmas regras da filiação socioafetiva comum: o tratamento do adotado como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição, ou seja, pela análise de um conjunto fático probatório de natureza subjetiva, sendo, portanto, uma decisão que consiste diretamente no

livre convencimento do juiz perante cada caso concreto para a constatação da manifestação da vontade do adotante, não concretizada formalmente.

Todavia, apesar de o progresso inferido pela decisão do Superior Tribunal de Justiça para a parentalidade socioafetiva, não se pode negar que a adoção póstuma incorre em consequências para o direito sucessório, em virtude de que a partir do deferimento o adotado se tornará um herdeiro necessário, o que para a adoção em vida se pode comprovar diretamente pela intenção do pretense adotante, mas nesta modalidade parte-se de uma presunção relativa, à mercê das provas disponíveis pelo interessado ou seus representantes.

Conforme essa observação, percebe-se o devido cuidado resvelado para o deferimento da adoção póstuma, já que muitas vezes pode-se estar diante de situações fraudulentas, por meio das quais se buscará somente o auferimento de vantagem patrimonial, desvirtuando o sentido do instituto da adoção, que é como se viu um parentesco baseado no amor, em apenas uma “ponte” para se alcançar uma estabilidade financeira do adotante ou até mesmo de outros que seriam excluídos da herança e poderiam simular situações que serviriam de sustentáculo para o deferimento da adoção póstuma.

Diante destas considerações, conclui-se que é inquestionável que a legislação referente à adoção póstuma se adapte às novas configurações da socioafetividade, ao passo que a doutrina mais recente com o entendimento do STJ abriu caminhos para esta mudança, restando-se indubitável a necessidade da ruptura do rigor formalista nesta modalidade de adoção que prima pelo afeto.

É evidente, portanto, que a decisão proferida esteja em conformidade com a legislação atual, sendo a adoção póstuma sem manifestação prévia a melhor maneira de adaptação da legislação menorista ao que há de mais recente na doutrina e jurisprudência brasileira, evitando-se assim tornar-se, ao invés de um facilitador, um óbice aos casos de adoção póstuma levados para o Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jonas Figueiredo. **Paternidade socioafetiva tem igualdade com biológica**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-dez-18/jones-figueiredo-paternidade-socioafetiva-igualdade-biologica> > Acesso em: 15 jan. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2 ed. São Paulo:Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei 10.406/02 **Novo Código Civil Brasileiro**, Fernando Henrique Cardoso (Presidente da República), 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei 6.697/79. **Institui o Código de Menores**, João Figueiredo (Presidente da República), 10 de outubro de 1979.

_____. Lei 4.655/79. **Dispõe sobre a legitimidade adotiva**, Humberto de Alencar Castelo Branco (Presidente da República), 02 de junho de 1965.

_____. Lei 8069/90 **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Fernando Collor (Presidente da República), 13 de julho de 1990.

_____. Lei 12.010/09 **Lei Nacional de Adoção**, Luiz Inácio Lula da Silva (Presidente da República), 03 de agosto de 2009.

_____. **Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Rio de Janeiro: Editora Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FILHO, Artur Marques da Silva. **Adoção: regime jurídico, efeitos, inexistência, anulação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** São Paulo: Saraiva 2011.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 no STJ.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin. **Instituições do Direito Civil.** São Paulo: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro, Forense, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade.** São Paulo:Forense, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** Vol.6. São Paulo: Saraiva 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VILLELA, João Baptista. **A Desbiologização da paternidade.** Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 71, 1980.