

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
DIEGO MORAES DOS SANTOS

ADOÇÃO POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO

LAGES
2019

DIEGO MORAES DOS SANTOS

ADOÇÃO POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

DIEGO MORAES DOS SANTOS

ADOÇÃO POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Lages, SC ____/____/2019. Nota _____

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

AGRADECIMENTOS

Agradecer a Deus, por sempre me dar forças e coragem pra continuar lutando, onde sempre me protegeu e guiou.

Sou grato a minha família que sempre esteve comigo. Meu pai Hercílio Moraes dos Santos Filho, minha mãe Luzia T. da Silva dos Santos, que são sem dúvida alguma, os melhores pais que alguém poderia ter.

Aos meus irmãos Cristiano Moraes dos Santos, Andressa Moraes dos Santos e Fernando Fagundes, que sempre me apoiaram e cuidaram de mim.

Aos meus tios José Kemer dos Santos e em memória de Dirceu Kemer dos Santos, que juntos com meus pais batalharam pra mim está na reta final do curso, me apoiando em cada momento.

À todos os meus amigos, que estiveram comigo nessa caminhada, Lennon Cesar Faustino, Samoel Goulart, Mateus Bett, Diéssica Cavalheiro e Ana Paula Padilha.

Agradeço, à professora Caroline Ribeiro Bianchini, que me orientou e que teve papel fundamental na elaboração deste trabalho, empenhando sua atenção e dedicação.

ADOÇÃO POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO

Diego Moraes dos Santos¹
Caroline Ribeiro Bianchini²

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso adota como tema: adoção post mortem no direito brasileiro. Tendo em vista a fundamentação no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 42. § 6, verificando a possibilidade de ocorrer a adoção post mortem. Observando a evolução histórica da adoção, identificando o processo de adoção e seus efeitos tanto pessoal quanto o patrimonial. Com o passar do tempo a adoção foi se atualizando conforme a sociedade foi crescendo, garantindo que filhos adotivos tivessem os mesmos direitos que os biológicos, sendo eles garantidos pela Constituição Federal, sem discriminação. Conclui, assim, que comprovada a inequívoca manifestação do falecido de adotar, tendo a afetividade reconhecida, caracteriza-se adoção post mortem.

Palavras – chave: Adoção Post Mortem. Filiação. Afetividade. Crianças e Adolescentes.

¹Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

POST- MORTEM ADOPTION IN BRAZILIAN LAW

Diego Moraes dos Santos³
Caroline Ribeiro Bianchini⁴

ABSTRACT

The presente work of conclusion of course adopts as theme: Post-Mortem Adoption in Brazilian Law. In view of the reasoning in the Statute of the Child and Adolescent in article 42. §6, verifying the possibility of post-mortem adoption. Observing the historical evolution of adoption, identifying the process of adoption and its effects both personal and patrimonial. With the passing of time the adoption was updating as the society was growing, ensuring that adoptive children had the same rights as the biological ones, guaranteed by the Federal Constitution, without discrimination. I concluded, thus, that the unequivocal manifestation of the deceased to adopt, with the recognized effectiveness, is characterized by post-mortem adoption.

Key-words: Post-Mortem Adoption. Membership. Affection. Children and Adolescent.

³Law School undergraduate student, 10^o period, University Center UNIFACVEST.

⁴Law School professor, University Center UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 01 de julho de 2019

DIEGO MORAES DOS SANTOS

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DIREITO DE FILIAÇÃO	09
2.1 Definição de direito de filiação.....	09
2.2 Poder familiar	10
2.3 Suspensão, destituição e extinção do poder familiar	12
3 ADOÇÃO NO BRASIL.....	16
3.1 Evolução da adoção na legislação brasileira	16
3.1.1 A Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957	17
3.1.2 A Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965	18
3.1.3 O código de Menores – Lei nº 6.697/79.....	19
3.1.4 A adoção da Constituição de 1988	21
3.1.5 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente	22
3.2 Conceito de adoção.....	25
3.3 Forma de adoção.....	26
4 ADOÇÃO POST MORTEM	29
4.1 Definição.....	29
4.2 A afetividade.....	30
4.2.1 Adoção post mortem na jurisprudência	31
4.2.2 Efeitos jurídicos da adoção post mortem.....	33
5 CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como objetivo institucional cumprir requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

Adota-se como tema a adoção *post mortem* no direito civil brasileiro. Trata-se de uma matéria que está submetida a apreciação judicial dos tribunais diante da reivindicação do reconhecimento de adoção embasada em vínculos afetivos, quando o pai/mãe socioafetivo falecem antes de ocorrer o reconhecimento.

As discussões judiciais acerca do tema encontram origem na Constituição Federal de 1988 que estabeleceu o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio aplicável as relações familiares, reconhecendo o afeto como elemento capaz de embasar relações parentais e gerar todas as consequências jurídicas aplicáveis as matérias relacionadas ao direito de filiação. O texto constitucional passou a conceder proteção a todas as espécies de família, independentemente de sua origem.

Dessa forma, a adoção *post mortem* é aquela que é requerida após o falecimento, quando comprovando a existência de vínculos afetivos, buscando-se o reconhecimento da paternidade socioafetiva, mediante a comprovação da posse de filho.

A pesquisa surge do questionamento sobre quais as consequências jurídicas provocadas pela adoção “*post mortem*”.

A partir dessa indagação, a monografia apresenta como objetivo geral analisar a possibilidade da adoção *post mortem* no direito brasileiro. E, como objetivos específicos: verificar o desenvolvimento histórico do direito de filiação; analisar a adoção sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente e abordar a adoção *post mortem* no direito civil brasileiro.

No desenvolvimento da pesquisa foi adotado método dedutivo, realizada pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema abordado, através de consulta em obras jurídicas físicas e digitais e também em julgamentos proferidos pelos tribunais pátrios a respeito da matéria discutida nessa monografia.

A pesquisa foi estruturada em três capítulos. Iniciando-se com análise das questões pertinentes sobre direito de filiação e o poder familiar, que recentemente passou por evoluções. No segundo capítulo, atenta-se sobre o instituto da adoção, verificando sua evolução, conceituação e formas adotadas no ordenamento jurídico nacional. No terceiro capítulo, será abordado o tema central apresentando o funcionamento da adoção *post mortem* e seus respectivos efeitos no direito brasileiro.

2 DIREITO DE FILIAÇÃO

Esse capítulo trata do direito de filiação, analisando as questões concernentes a sua definição e ao poder familiar, que recentemente passou por evoluções para se adaptar à nova realidade vivenciada na sociedade.

2.1 Definição de direito de filiação

Todos são filhos perante a lei, pouco importando a sua origem, se resultantes de um matrimônio, de uma relação adúltera, incestuosa e, até mesmo, eventual. A distinção que se fazia num passado não muito remoto – entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos – cedeu espaço a uma regra de isonomia, preconizada pela Constituição Federal, que em seu art. 227, § 6.º, igualou os direitos de todos os filhos proibindo a designação discriminatória entre eles.

Segundo Barbosa e Vieira (2008, p.191) “[...] o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”.

Por se desenvolver num âmbito prioritariamente simbólico, segundo Diniz (2004, p.24) “[...] a filiação, do ponto de vista de suas incidências próprias, é prevalente sobre a paternidade real”; a função do pai é, portanto, aberta a todo “agente”, podendo até ser distinta da pessoa do genitor, demonstrando “o quanto a entidade paterna depende da representação simbólica”.

Nem sempre um vínculo vem de uma conjunção sexual, porquanto, pode originar-se de uma inseminação artificial (recolhe-se o esperma e insemina-se artificialmente em uma mulher), ou de uma fertilização *in vitro* ou na proveta (óvulo da mãe é extraído do ovário e fecundado em tubo de ensaio com esperma do seu pai, sendo colocado posteriormente no útero da mãe). Para o direito de família brasileiro não importa a origem da filiação para ocorrer a proteção da entidade familiar.

A filiação também poderá decorrer da adoção, denominada adoção civil. A partir da Constituição Federal de 1988, os filhos adotivos passaram a ter os mesmos direitos dos filhos oriundos de relação matrimonial.

De acordo com Barbosa e Vieira (2008), a filiação pode ser classificada, do ponto de vista científico-doutrinário, quanto a sua origem, em matrimonial, extramatrimonial e adotiva. A matrimonial é aquela que provém de um casamento dos pais, ainda que venha a ser anulado ou considerado nulo. A filiação extramatrimonial é aquela que decorre de pessoas que não

querem se casar ou impedidas de casar. Pode ser natural ou espúria (adulterina ou incestuosa). A filiação adotiva é aquela que provem de uma adoção.

Assim, entende-se que, filiação, é o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da reprodução assistida homologa (sêmen do esposo ou do companheiro; óvulo da esposa ou da companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem ou óvulo de outra mulher, porém com o consentimento do esposo ou da esposa), assim como em virtude da adoção.

2.2 Poder familiar

A lei organiza, sob o nome de poder familiar, com regras próprias, as relações jurídicas derivadas do vínculo de filiação. Enfeixa-se nos pais determinados direitos e deveres em referência aos filhos, na consecução de sua tarefa natural de criar, educar e sustentá-los. No regime codificado, espraiam-se as normas sobre o exercício do poder familiar; a suspensão e extinção do poder familiar.

De acordo com Bittar (2003, p.222):

O poder familiar consiste em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais – originalmente com exercício apenas pelo pai – para a criação, orientação e proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando-se com o implemento da idade ou com a emancipação. Constitui-se, atualmente, mais múnus legal do que propriamente poder paternal, diante da evolução processada na prática. De fato, composto de um complexo, com os deveres correspondentes de criação, educação e sustento, representa ora mais ônus do que privilégios; daí por que se fala em pátrio dever. É ora, pois, função exercida no interesse dos filhos, diante da personalização operada na matéria e do reconhecimento de direitos próprios a eles, inclusive de cidadania no atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

Representa missão confiada aos pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção à idade adulta. Compõe-se de direitos e de deveres individuais e conjuntos dos pais para os filhos, exercitáveis em conformidade com a legislação civil e ora distantes do sentido absolutista com que se concebeu no direito antigo, como mecanismo de reunião das pessoas da família para o culto aos antepassados.

Segundo Venosa (2006, p.331):

Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, em sínteses, afeta a célula familiar. A lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

Compete aos pais o poder familiar, que é inalienável, irrenunciável e indelegável, mas os respectivos atributos podem ser confiados a outra pessoa, em casos expressamente contemplados na lei, como na adoção e na suspensão do poder dos pais. Em nosso sistema,

defere-se a ambos os pais o seu exercício, com a colaboração da mãe, sob o influxo de regras específicas ditadas no interesse do menor e da harmonia familiar.

Há ora ingerência do Estado em seu exercício, limitando-se os poderes antes outorgados aos pais, na defesa de interesses dos menores. Mas, mesmo assim, envolve hierarquia entre pais e filhos, cabendo àqueles o comando dos filhos, que lhes tem o dever de obediência, admitindo-se, ademais, reprimendas justificativas para a correção de faltas cometidas (BITTAR, 2003).

Todos os filhos são, em princípio, sujeitos ao poder familiar. Quanto aos havidos de relações de casamento e de uniões estáveis, confere-se o poder familiar, durante sua vigência, aos pais, devendo ser exercido em igualdade de condições, em razão do sistema vigente.

Na falta ou impedimento de um dos genitores, o outro passa a exercê-lo com exclusividade. Havendo divergência quanto ao exercício, é assegurado a qualquer dos pais o recurso ao juiz, para a solução do desacordo.

De outro lado, não se alteram as relações com os filhos, em razão de separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, senão quanto ao direito de tê-los em sua companhia, que é regido pelo acordo ou sentença judicial de dissolução de sociedade conjugal. Por fim, o filho, quando não reconhecido pelo pai, fica sob o poder materno, mas se a mãe não for reconhecida, ou capaz de exercer o poder, deve-se dar tutor ao menor.

Segundo Bittar (2003), compete-se aos pais: dirigir-lhes a criação e a educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casamento; nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro genitor não lhe sobreviver, ou não puder exercer o poder familiar; representá-los, nos atos da vida civil até os 16 anos, e assisti-los após essa idade, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem os detenha; exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os pais devem, pois, cuidar dos filhos, e exercer a representação legal da prole em negócios de seu interesse, cabendo-lhes dirigir, espiritual e materialmente, a vida deles, fazendo-os úteis para a sociedade, por meio de orientação segura sob os aspectos físico, moral, intelectual e social.

De acordo com Diniz (2004), o poder familiar é irrenunciável, pois incumbe aos pais esse poder-dever, inalienável, tanto a título gratuito quanto a título oneroso, cabendo uma exceção no ordenamento jurídico que diz respeito a delegação do poder familiar por desejo dos pais ou responsável.

Assim, compete-lhes a guarda e a vigilância dos filhos, mantendo-os em sua companhia, no domicílio familiar, em lugar seguro, ou com pessoa de confiança, respondendo por eventuais abusos, inclusive assinalados. Pode reclama-los de quem os detenha injustamente e, enfim,

praticar atos outros compatíveis com o exercício da regência da pessoa do menor, respeitados sempre seus direitos fundamentais, inclusive de opinar sobre assuntos de seu interesse. Têm o direito de correção dos filhos, podendo aplicar repressões, ou mesmo, pequenos castigos, quando necessários, para o bem do menor, na coibição de abusos cometidos.

Segundo Rizzardo (2005), a obediência, a realização de tarefas próprias à idade, o respeito e consideração correspondem a condutas de grande importância na vida da família. Mormente quanto à obediência aos pais, há uma grave crise em vários setores da sociedade. Não se trata propriamente de obedecer ou não progenitores, mas em demonstrar uma conduta normal e dentro de padrões aceitáveis.

Não se encontra quaisquer menções aos castigos corporais ou físicos. Em princípio, por dedução do art. 1.638, inc. I, que proíbe apenas os castigos imoderados, depreende-se que é autorizada a aplicação de castigos desde que não cheguem aos maus tratos, ou revelem a prática de violência contra a integridade física e psíquica do menor. Prescinde-se de outras considerações a respeito, dado que é inato ou do instinto natural o conhecimento da justa na exigência de conduta disciplina.

De acordo com as alterações legislativas o artigo 18 do ECA, que já dispunha acerca do ser “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, com a Lei 13.010/14 conhecida como “Lei da Palmada” passou agora a definir como sendo “castigo corporal” toda “ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente”, cominando aos “infratores” penas que vão da “advertência”, passando pelo “encaminhamento a programas de proteção à família” e “orientação pedagógica” contudo o mais grave são as outras sanções cabíveis, nas quais está implícita a perda do poder familiar, ou seja, a perda definitiva da guarda dos filhos previstos no arts. 1634 e 1637 do Código Civil.

Dada a inexistência de definição precisa acerca do que seriam os aludidos “tratamento cruel ou degradante” ou no qual seria a natureza do prolapado “castigo físico”, o legislador cuidou de defini-los nos incisos I e II do mesmo dispositivo, que assim foram redigidos:

- I- castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso de força física ou lesão à criança e ao adolescente;
- II- tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou adolescente.

Diante desse novo cenário, “pessoas sujeitas a esse poder interventivo poderão ter seu ambiente de convívio modificado frente a alguma necessidade ou potencial ofensivo para a coletividade” (LAMENZA, 2011, p.97).

2.3 Suspensão, destituição e extinção do poder familiar

Várias vicissitudes podem afetar o exercício do poder familiar, acarretando os fenômenos da suspensão, destituição e extinção respectiva. A suspensão é a cessação temporária do exercício do poder, por ordem judicial, em processo próprio, e sob causa definida em lei.

Segundo Venosa (2008, p.333):

Uma vez suspenso o poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal. Se houver motivos graves, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente a suspensão do poder familiar, dentro do poder geral de cautela. Trata-se de uma antecipação de tutela. Nessa hipótese, defere-se a guarda provisória a terceiro, até a final decisão.

Como a suspensão do poder familiar é transitório, uma vez ocorrendo a cessação da causa que a provocou ocorre o restabelecimento do exercício do poder familiar.

A destituição é o afastamento definitivo do genitor do poder, em virtude de motivo previsto, por expresso, em lei. Extinção é a cessação definitiva do poder, ditada por fenômenos naturais ou jurídicos, elencados também na lei.

Verifica-se, pois, que pode haver privação do direito e do exercício do direito, e em caráter temporário ou definitivo, conforme as circunstâncias, interrompendo-se, assim, os direitos e deveres respectivos. Por fatos voluntários ou naturais podem, ademais, advir as privações mencionados.

De acordo com Bittar (2003), consoante o regime codificado, extingue-se o poder familiar: pela morte de ambos os pais ou do filho; pela emancipação; pela maioridade e pela adoção; por decisão judicial, na forma do art. 1.638 (art. 1.635). Não o perde e mãe ou o pai que contrair novas núpcias ou estabelecer união estável, quanto aos filhos do relacionamento anterior, cabendo-lhe exercer-los por si, qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro (art. 1.636). Igual preceito ao estabelecido nesse artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. Mas, ao revés, não se restaura o poder familiar com a morte do pai adotivo.

Uma vez concedida a emancipação, por ato de vontade dos pais, ou um deles na falta do outro, torna-se maior o filho. Celebra-se o ato mediante instrumento público,

independentemente da homologação judicial; ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos complexos, se inexistirem pais vivos.

E nesta linha, de acordo com Rizzardo (2005) também adquire a maioria do filho por outras formas de emancipação, e assim, pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso superior; e pelo estabelecimento civil e comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Verifica-se que o novo casamento ou a nova união estável de qualquer um dos cônjuges ou dos companheiros, cujo primeiro casamento ou primeira união estável se desfez por morte, ou pelo divórcio, ou pela dissolução, importará em extinção do poder familiar. Não traz o novo casamento ou a nova união estável qualquer efeito prejudicial ao cônjuge ou companheiro relativamente aos filhos do leito anterior. Igualmente na situação de solteiros o pai ou a mãe, que casarem ou estabelecem união estável.

Esta imposição decorre o art. 1.636 e seu parágrafo único do Código Civil (RIZZARDO, 2005, p.609):

O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

O parágrafo único: Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

A suspensão que representa uma sanção pela violação de dever, é aplicável ao pai ou à mãe que abusar de seu poder (abuso de poder), faltando aos deveres paternos (falta a dever), arruinando os bens dos filhos (dilapidação de bens), por sentença em ação própria (como nos maus tratos; vadiagem; libertinagem; perigo à saúde; e outros).

Compete aos parentes ou ao Ministério Público requerer a medida cabível, suspendendo-se o poder familiar pelo prazo conveniente e adotando-se, quanto à pessoa e aos bens do menor, à medida que pareça ao juiz reclamada pelo segurança do interessado.

Também se suspende o exercício, ao pai ou a mãe, quando condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Mas, cessada a causa, seu titular pode retornar ao exercício do poder, dentro de dois anos. Se se trata de um pai, prossegue o outro no exercício e, se necessário, o juiz pode determinar a remoção do menor da guarda dos pais, até a decisão final. De outro lado, por fatores involuntários pode ocorrer a suspensão (como na interdição ou na ausência) (BITTAR, 2003).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao determinar certas obrigações aos pais, automaticamente abre caminho para suspensão do poder familiar de desatendidas as mesmas. Assim os encargos mais primários e singelos, exemplificados no art. 22: “Aos pais incumbe o

dever de sustento, guarda, e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

De acordo com Rizzardo (2005, p.611):

A suspensão poderá envolver todos os poderes inerentes ao poder familiar ou apenas alguns. É perfeitamente viável que o juiz limite a medida no tocante à administração dos bens, ou a não ter o progenitor em sua companhia o filho, o que se dá, se o pai carece de decência ou decoro na conduta e leva o filho a lugares impróprios a sua formação moral, permitindo, outrossim, companhia prejudiciais e nocivas. De observar que o pedido de suspensão descreverá toda a situação do filho, bem como as atitudes do pai ou da mãe prejudiciais a ele.

A destituição ou perda do poder familiar, que constitui sanção mais grave do que suspensão, é determinada por ato judicial ao pai ou à mãe que: castigar imoderadamente o filho; deixa-lo em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bens costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637 (art. 1.638) (como nas hipóteses de: prostituição materna; comércio carnal pelo pai; vício grave do pai, com o uso de entorpecentes e outros, devendo ser atos contemporâneos à medida).

Considera-se taxativa a relação legal e, alcançando um dos cônjuges, passa o outro o deslocamento do exercício. Admite-se, outrossim, a recuperação do poder, com a reintegração do interessado, quando prove a sua regeneração ou a cessação da causa determinante, requerendo judicialmente a medida.

Anote-se que, de acordo com Bittar (2003), enquanto as causas de extinção operam efeitos pleno livre, as de suspensão e de perda dependem de sentença judicial. Devem, pois, ser decretadas em ações ordinárias, com procedimento contraditório, nas hipóteses descritas, bem como, no regime vigente, no caso de descumprimento dos deveres e das obrigações impostas aos pais de guarda, educação e sustento dos filhos. Provocadas por quem tenha legítimo interesse, ou pelo Ministério Público, as ações seguem o procedimento próprio previsto na lei, averbando-se a sentença à margem de registro de nascimento, quando procedente. Estudos e perícias especiais são instituídos com mecanismos de comprovação tendentes ao equacionamento justo da lide.

Ademais, não constituem motivos suficientes para a suspensão ou a perda do pátrio poder a falta ou a carência de recursos materiais. Não havendo razão outra que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente deve ser mantido em sua família de origem, a qual se incluirá em programas oficiais de auxílio.

Com isso, a nova regulamentação, oriunda da defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, de que se destaca o da convivência familiar regular, procura preservar-

lhes o lar paterno de que os infantes necessitam para o seu desenvolvimento normal – físico, psíquico, intelectual e social.

Verificando-se que deve ocorrer a extinção do poder familiar, a criança ou o adolescente podem ser destinados a adoção para que possa haver a proteção integral dos interesses da criança.

Segundo Diniz (2002, p.462), afirma: “A adoção extingue o poder familiar do pai ou da mãe carnal, transferindo-o ao adotante”. Assim garantindo toda proteção que a criança merece, sendo tanto no interesse quanto no afetivo.

Isso quer dizer, que sempre quando for tomadas decisões que envolvam a criança, deve-se, ser tomada a melhor decisão para satisfazer suas necessidades, para que não possa prejudicar visando a proteção de seus direitos.

3 ADOÇÃO NO BRASIL

Nesse capítulo será tratado do instituto da adoção, verificando sua evolução na legislação brasileira, bem como sua conceituação e formas adotadas no ordenamento jurídico nacional.

3.1 Evolução da adoção na legislação brasileira

As Ordenações do Reino continuaram a vigorar no Brasil após a independência e, em matéria de civil, até a entrada em vigor do Código Civil, em 1917.

Dessa forma, a adoção entrou para o nosso Direito, com as características que apresentava no direito português, que resistia ao direito romano.

A adoção, pouco praticada em Portugal, não foi registrada sistematicamente nas Ordenações, tendo sido todavia objeto de legislação minuciosa no Esboço de Teixeira de Freitas.

A primeira lei referente à adoção foi a de 22.09.1828, que se transferia da Mesa do Desembargo do Paço para os juízes de primeira instância, a competência para a expedição da carta de perfilhamento.

Foi o Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei 3071 de 01.01.1916, que entrou em vigor um ano depois, que sistematizou o instituto da adoção na sua Parte Especial, Livro I (Direito de Família), Capítulo V, Título V, em dez artigos (art. 368 a 378).

A adoção atual não tem as mesmas características da sua origem na antiguidade. Ela já existia no mundo antigo, entre os egípcios, hebreus e romanos. Sua origem tinha a finalidade religiosa, ou seja, destinava-se à perpetuação do culto dos antepassados, assegurando-lhes a continuidade do culto sagrado. Posteriormente a adoção assume a função de transmitir ao adotado o patrimônio do adotante (ALBERGARIA, 1996).

Da história inicial sobre adoção é possível tirar uma conclusão, que a adoção servia especialmente aos interesses dos adultos e não aos da criança.

O Código Civil, na sua redação originária, segundo Wald (2004), só permitia a adoção por maiores de cinquenta anos que não tivessem prole legítima, devendo o adotante ter dezoito anos a mais do que o adotado, transferindo-se, pela adoção, o pátrio poder para o adotante. A adoção revogava-se por acordo das partes e nos casos em que a lei admitia a deserção.

A adoção deveria ser feita por escritura pública, devidamente registrada na circunscrição competente do Registro Civil, não se admitindo adoção dependente de termo ou condição.

De acordo com Wald (2004), no sistema primitivo do Código Civil de 1916, o filho adotivo era equiparado ao legítimo, mas em concorrência à herança com o filho legítimo superveniente, visto que o primeiro recebia a metade da cota atribuída ao segundo.

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 injúria 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.

O instituto estava em plena decadência, entre nós, quando a Lei n.3.133, de 8-5-1957, reformulou a adoção, permitindo um novo desenvolvimento e a sua aplicação atendendo à função social que deve exercer em nosso meio.

3.1.1 A Lei n.3.133, de 08 de maio de 1957

Os dispositivos trazidos por essa Lei, trouxe marcantes alterações às regras do Código Civil então vigente, demonstrando o legislador intenção de incentivar a prática da adoção.

A primeira grande mudança dizia respeito à idade para adotar e a segunda foi à diferença de idade entre adotante e adotado.

Foi assim baixada para trinta anos a idade do adotante, exigindo-se que as pessoas casadas só pudessem adotar decorridos cinco anos após a celebração do casamento, momento em que pareceu ser possível a afirmação de que não mais teriam normalmente filhos, pois não os tiveram nos cinco primeiros anos de casamento.

Segundo Rodrigues (2007, p.336-337):

Essa lei reestruturou o instituto, trouxe transformações tão profundas à matéria que se pode afirmar sem receio de exagero, que o próprio conceito de adoção ficou, de certo modo, alterado. Isso porque, enquanto, dentro de sua estrutura tradicional, o escopo da adoção era atender ao justo interesse do adotante, de trazer para a sua família e na condição de filho uma pessoa estranha, a adoção (cuja difusão o legislador almejava) passou a ater, na forma que lhe deu a lei de 1957, uma finalidade assistencial, ou seja, a de ser, principalmente, um meio de melhorar a condição do adotado.

Verifica-se que o adotante deve ser pelo menos dezesseis anos mais velho do que o adotado, não se admitindo que alguém possa ser adotado por duas pessoas, a menos que se trate de marido e mulher.

Com relação ao adotando, passou a haver exigência explícita do seu consentimento, se maior, e da do representante legal, em se tratando de incapaz ou nascituro.

Segundo Granato (2004), exige-se para a adoção o consentimento do adotado ou, caso seja menor ou incapaz, o do representante legal, permitindo-se que o menor ou interditado se desligue da adoção no ano imediato ao em que cessa a menoridade ou a interdição. Admite-se ainda, a revogação da adoção por acordo das partes ou havendo motivo que justifique a deserdação. É mantida a forma necessária de escritura para o ato criador da adoção.

O tutor ou curador não pode adotar o tutelado ou curatelado enquanto não tiver as suas contas aprovadas para que se evitem fraudes na administração dos bens alheios, sob o pretexto de ter havido adoção.

O parentesco da adoção limita-se ao adotante e ao adotado, não se estendendo aos parentes do adotante, salvo quanto aos impedimentos patrimoniais, que existem entre o cônjuge do adotado e o adotante e, ainda, entre o adotado e o cônjuge do adotante e o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (GRANATO, 2004).

Admite-se a adoção por quem tenha filhos, e ficam a estes equiparados nos mesmos direitos e deveres os filhos adotivos, inclusive a sucessão hereditária. Superadas assim, as controvérsias que existiam em torno de tais direitos, têm os filhos adotivos, seja a adoção simples ou plena, seja anterior ou posterior ao nascimento do filho de sangue, os mesmos direitos sucessórios a estes deferidos.

Os direitos e deveres oriundos do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que se transfere ao adotante. Assim, o filho pode pedir alimentos ao pai natural, quando o adotante não os puder fornecer.

O adotante é herdeiro do adotado quando este não tem descendentes nem pais naturais vivos, excluindo, pois, os outros ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais.

Como o casamento, a adoção não é um contrato, mas um ato jurídico bilateral complexo que muda o status do adotado, sendo um verdadeiro ato-condição, pois os seus efeitos decorrem exclusivamente da lei, não podendo ser alterado pelas partes contratantes.

Marcante inovação foi a possibilidade prevista na lei de o adotado poder acrescentar ao nome dos pais de sangue os do adotante; ou ainda usar somente os do adotante, excluindo os apelidos dos pais de sangue.

3.1.2 A Lei 4.655, de 02 de junho de 1965

Novidade importante no instituto da adoção ocorreu com a criação da legitimação adotiva pela Lei 4.655, de 02.06.1965.

Dentre a diversidade de novidades que surgiu com a lei, algumas foram de grande relevância, pois tiveram o condão de mudar o instituto de maneira que a adoção obtivera grande relevância social com a característica principal de integralização e igualdade.

Segundo esse diploma legal, a legitimação adotiva só podia ser definida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, os cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou ainda na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação.

Havia também, de acordo com Granato (2004), a possibilidade de se permitir a legitimação adotiva em favor do menor com mais de sete anos, se já estivesse sob a guarda dos legitimantes da época em que tivesse completado essa idade. Essa mesma lei determinava a exigência de um período de três anos de guarda do menor pelos requerentes, para só então se deferir a legitimação.

O rompimento da relação de parentesco com a família de origem, importante medida que não havia sido prevista nas leis anteriores, foi determinado no §2º do art. 9º, e o veículo se estendia a família dos legitimantes, desde que os seus ascendentes tivessem aderido ao ato da adoção.

Segundo Wald (2004), a intenção do legislador de integrar completamente o menor na nova família, também se manifesta no art. 10, que estabelece a possibilidade de ao menor ser conferido o nome da legitimidade e, ainda mais, modificar seu prenome. Assim, podiam os pais adotivos dar ao menor o prenome que escolhessem, acrescentando os apelidos de família que eles próprios ostentavam.

A legitimação adotiva foi precursora da Adoção Plena, depois consagrada pelo Código de Menores.

3.1.3 O Código de Menores – Lei 6.697/79

A Lei 6.697 de 10.10.1979 instituiu o Código de Menores, que introduziu a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva da Lei 4.655/65 que foi expressamente revogada e também admitiu a adoção simples, regulada pelo Código Civil.

Como o Código de Menores só se aplicava aos menores na situação irregular, aqueles em situação regular poderiam ser adotados nos termos no Código Civil, independentemente de autorização judicial.

Já, para menores de até dezoito anos, em situação irregular, também se aplicavam todas as disposições do Código Civil, relativas à adoção, para chamada “adoção simples” (art. 27), que dependia, porém, da autorização judicial, precedida de estágio de convivência com os adotantes, dispensável para menor de até um ano de idade (art. 28).

Autorizando-se, ainda, a mudança dos apelidos de família do adotado, com a devida averbação no registro de nascimento.

Quanto à adoção plena, bastante parecida com a legitimação adotiva que pelo Código estava sendo revogada, diferentemente da adoção simples, cortava todos os laços com a família biológica do menor, que entrava para a família do adotante como se filho fosse de sangue (art. 29).

Poderia ser pleiteada quanto ao menor de até sete anos de idade que estivesse em situação irregular, autorizada acima daquela idade para adotando que já estivesse sob guarda dos adotantes. (art. 30)

O assento de nascimento do adotado era cancelado, abrindo-se novo registro, por mandado, no qual se poderia mudar o prenome, passando a constar os nomes dos adotantes e seus ascendentes, como se filho legítimo fosse.

Com relação aos requisitos para que o adotante pudesse se candidatar à adoção, foi mantida a idade mínima de trinta anos para um dos cônjuges, e os casais exigido o decurso de cinco anos de matrimônio, que poderia ser dispensado na hipótese de esterilidade de um dos cônjuges, desde que provada a estabilidade conjugal (art. 32).

Com relação aos requisitos para que o adotante pudesse se candidatar a adoção, foi mantida a idade mínima de trinta anos para um dos cônjuges, e os casais exigido o decurso de cinco anos de matrimônio, que poderia ser dispensado na hipótese de esterilidade de um dos cônjuges, desde que provada a estabilidade conjugal (GRANATO, 2004).

O estágio de convivência foi diminuído para um ano, sendo os adotantes casados entre si, e para três anos, sendo viúvo ou viúva, desde que iniciado esse estágio quando em vida do outro (art. 33).

A adoção plena era irrevogável, e a sucessão ficou garantida ao adotivo, desaparecendo a discriminação antes existente (art. 37).

De acordo com Rodrigues (2007), com essa lei pôde-se observar um significativo avanço na proteção da criança e do adolescente e, por consequência, no tratamento dado pela legislação pátria à adoção, vez que concentrou a finalidade da adoção na proteção integral do menor sem família.

O estrangeiro, não domiciliado no país, não poderia obter a adoção plena, embora pudesse conseguir a adoção simples, após deferida a colocação familiar (art. 20).

É de se notar que foi a primeira vez que se abordou o problema da adoção por estrangeiro, na legislação.

3.1.4 A adoção da Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 igualou os direitos de todos os filhos, ao tratar da Ordem Social, no Título VIII, Capítulo VII, Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, estabelecendo no § 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”.

Segundo Wald (2004), com essa determinação do legislador constituinte, foi afastada a odiosa discriminação antes existente entre os filhos. Não só o filho adotivo teve seus direitos

igualados aos dos demais filhos, como a pecha infamante de filho ilegítimo foi definitivamente proscrita do nosso direito.

Antes, já a Lei do Divórcio (BRASIL, 1977), Alterando a Lei 883/49, na parte referente à filiação, dispunha sobre a igualdade, ao estabelecer: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Mas, na verdade, foi a Constituição de 1988, ao se referir expressamente ao adotivo, que eliminou a controvérsia a respeito do assunto.

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve um momento inicial em que se questionou se continuariam em vigor os dispositivos do Código Civil, referentes à adoção.

Com efeito, ao dispor o §6º do art. 227 da Constituição, a perfeita igualdade entre os filhos naturais e os adotivos, teria tornado inaplicáveis as regras da adoção do Código Civil que estabelecem larga distinção entre uns e outros.

Porém, a tendência da doutrina e da jurisprudência era no sentido de que a adoção do Código Civil de 1916 não fora revogada, mas que só se aplicaria aos maiores de dezoito anos e, segundo alguns, também aos nascituros.

A adoção de maiores, hoje, quase sempre, tem por objetivo burlar algumas normas, como, por exemplo, as da previdência social, com o único intuito de deixar pensão para quem pela lei, não teria direito a ela; ou a de excluir da sucessão um parente próximo ou a esposa; ou, como vinha acontecendo até há pouco tempo, de permitir que o adotado por um japonês, pudesse emigrar para o Japão.

Segundo Fiuza (2002) o vínculo existente entre pais e filhos adotivos é de natureza civil, pois a relação que os une é determinada e regulada pela lei. Precisamente, no mesmo diploma legal, em seu artigo 227, parágrafo 5.º dispõe que “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte dos estrangeiros.

Os aludidos princípios referem-se, entre outros, a fiscalização pelo Poder Público das condições para a efetivação da colocação da criança ou adolescente em família substituta na modalidade da adoção, objetivando, por conseguinte, entre outros, evitar o tráfico de infanto-juvenis. Além disso, o legislador constitucional, em consonância com a tendência universal, proíbe expressamente quaisquer espécies de discriminações face à filiação adotiva, no que diz respeito aos direitos alimentícios, sucessórios, ao nome, etc, salvo os impedimentos matrimoniais.

3.1.5 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

O objetivo do Estatuto é a proteção integral da criança e do adolescente, conforme declara seu art. 1º, sendo inovação marcante a colocação sob égide dessa lei, de todo menor de dezoito anos e não apenas aqueles que estivessem em situação irregular, como ocorria na lei anterior, o Código de Menores.

Conforme Guimarães (2014, p.31), o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta como base

[...] a proteção integral à criança e ao adolescente, sem discriminação de qualquer tipo. As crianças e os adolescentes são vistos como sujeitos de direitos e pessoas com condições peculiares de desenvolvimento. Esse é um dos polos para o atendimento destes indivíduos na sociedade. O ECA é um mecanismo de direito e proteção da infância e da adolescência, o qual prevê sanções e medidas de coerção àqueles que descumprirem a legislação.

Observa-se que o referido diploma legal se constitui num marco de proteção aos direitos da criança e adolescente, com o objetivo de promover seu desenvolvimento digno e sadio.

De acordo com Digiácono e Digiácono (2010, p.11):

As “disposições preliminares”, relacionadas nos arts. 1º a 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazem regras (conceito de criança e adolescente, abrangência da Lei etc.) e princípios (como os relativos à proteção integral e prioridade absoluta), a serem observados quando da análise de todas as disposições estatutárias, que por força do disposto nos arts. 1º e 6º, deste Título I, devem ser invariavelmente interpretadas e aplicadas em benefício das crianças e adolescentes.

Verifica-se que as disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente se referem as regras e princípios que devem ser adotados para que ocorra a proteção integral e a prioridade absoluta da tutela dos direitos delas.

Segundo Ramidoff (2008, p.184):

[...] devem ser identificados como sujeitos de direito à proteção integral, vale dizer, a ter direitos individuais de cunho fundamental, com prioridade absoluta no tratamento (cuidado) e principalmente no orçamento, isto é, na dotação orçamentária, privilegiada de recursos públicos para atendimento das políticas públicas paritárias e democraticamente estabelecidas.

Para que os direitos consagrados a criança/adolescente sejam efetivados é necessário que o Poder Público destine recursos a serem aplicados no desenvolvimento de políticas públicas, com o objetivo de obter a proteção integral e a prioridade absoluta dos direitos.

A lei 12.010/2009 apresentou atualizações ao Estatuto, principalmente no que concerne ao procedimento de acompanhamento de institucionalização, que se torna obrigatório para todas as crianças e adolescente afastados do convívio familiar. Estabeleceu a necessidade de se assegurar o direito à convivência familiar, a ser exercido preferencialmente na família de origem e supletivamente em família substituta.

Ainda de acordo com Digiácono e Digiácono (2010, p.32):

Trata-se de um dos direitos fundamentais a serem assegurados a todas as crianças e adolescentes com a mais absoluta prioridade, tendo a lei criado mecanismos para, de um lado (e de forma preferencial), permitir a manutenção e o fortalecimento dos vínculos com a família natural (ou de origem) e, de outro, quando por qualquer razão isto não for possível, proporcionar a inserção em família substituta de forma criteriosa e responsável, procurando evitar os efeitos deletérios tanto da chamada “institucionalização” quanto de uma colocação familiar precipitada, desnecessária e/ou inadequada.

O Estatuto da Criança e Adolescente adotou a definição de família ampla, priorizando a convivência com os familiares.

Segundo Medeiros (2009, p.09):

[...] A nova lei foi baseada na garantia do direito de criança e adolescente à convivência familiar e comunitária estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Entre as inovações está a definição do conceito de família ampla, com o empenho na permanência dos menores na família original e, apenas quando inviável, com parentes próximos, como avós, tios e primos [...].

Observa-se que a prioridade é manter e fortalecer os laços entre a criança/adolescente com sua família natural. Contudo, não sendo possível esse fortalecimento e havendo necessidade, deve haver a colocação em família substituta.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do adolescente prevê que a colocação da criança/adolescente em família substituta ocorre através da guarda, tutela ou adoção. Determina que sempre que possível o infante deve ser ouvido e a colocação em família substituta sempre ocorre gradativamente, possibilitando a convivência familiar.

A adoção de criança e adolescente é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando que se trata de uma medida irrevogável, quando houver o esgotamento das tentativas de manutenção da criança/adolescente na família natural. A adoção será precedida de estágio de convivência para possibilitar a aproximação do infante com os adotantes.

Conforme Digiácomo e Digiácomo (2010, p.57):

Estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente é confiada aos cuidados da(s) pessoa(s) interessada(s) em sua adoção (embora, no início, a aproximação entre os mesmos possa ocorrer de forma gradativa), para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo paterno-filial. Por força do contido no caput do dispositivo, a realização do estágio de convivência será a regra (mesmo em relação a crianças recém-nascidas), como forma de aferir a adaptação da criança ou adolescente à família substituta e a constituição de uma relação de afinidade e afetividade entre os mesmos, que autorize o deferimento da adoção.

O Estatuto apresenta preocupação quanto a adaptação do adotado. Em razão da adoção ser irrevogável se deve adotar os cuidados necessários para evitar situações nocivas a criança. Através do estágio de convivência será verificada a possibilidade segura da adoção.

O prazo de duração do estágio de convivência será fixada pelo magistrado, atendendo as peculiaridades do caso. O vínculo de adoção é constituído por sentença que será submetida

a registro civil. O ECA determina que os municípios devem manter cadastros das crianças/adolescentes em condições de adoção e de pessoas interessadas em adotar, após consultas em órgãos do Juizado e oitiva do Ministério Público.

A partir da sentença ser proferida, ocorre a geração das consequências jurídicas, quando o adotado passa a ser filho dos adotantes, com os mesmos direitos dos demais filhos.

Trata-se de um procedimento de habilitação. Novos detalhes acerca da habilitação de pretendentes à adoção foram inseridos no procedimento, aos art. 197-C, 197-E, com destaque ao novo art. 197-F, que, visando não prorrogar em excesso o procedimento, fixou o prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção em 120 dias, prorrogável por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Ainda de acordo com Digiacómo e Digiacómo (2010, p.269)

O dispositivo visa estabelecer um critério objetivo para seleção das pessoas e casais habilitados à adoção que se encontrem em igualdade de condições (a ordem cronológica das inscrições). Não se trata, no entanto, de uma operação “matemática”, sendo possível, de forma também criteriosa e justificada, deixar de observar a ordem cronológica das inscrições, quando as peculiaridades do caso determinarem tal solução excepcional. Em qualquer caso, é necessário que o chamamento dos interessados seja devidamente fundamentado, devendo o Ministério Público participar do processo de seleção.

O art. 152, § 2 do ECA regra distinta da do art. 219 do CPC, determinando que os prazos e os procedimentos da lei 8.069/90 deverão ser todos contados em dias corridos, e não em dias úteis, como os do CPC, excluindo o dia do início e incluindo o do vencimento, com intuito de acelerar o procedimento, foi reduzido de trinta para quinze dias o prazo para o Ministério Público ajuizar a ação de destituição do poder familiar, ressalvadas os casos em que se entender necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

A Lei 13.509/17 pretende resgatar a adoção, readequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade brasileira da segunda década do século XXI.

Institui a figura do apadrinhamento, que nada mais é que um vínculo jurídico para desenvolvimento integral da criança ou do adolescente, com instituição, inclusive por pessoa jurídica, para fins de convivência familiar e comunitária.

As crianças ou adolescentes sujeitas ao apadrinhamento são todas aquelas suscetíveis de adoção, porém gozam de preferência aquelas com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

Portanto, a criança ou adolescente não inserido na família natural poderá estar sob estágio de convivência, excluídas, obviamente, as situações de guarda, tutela ou afetiva adoção.

Confere o juiz o poder de fixar um prazo bem exíguo até o prazo máximo de 90 dias, a depender do caso.

Em remota situação, é possível o prazo seja estendido a, no máximo 180 dias, a depender de decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Caso o adotante seja residente ou domiciliado fora do Brasil, o estágio de convivência será de, no mínimo 30 dias, e no máximo 45 dias, em situação excepcional e por decisão fundamentada.

Sobre o estágio de convivência, (NUCCI 2014, p. 170): “[...] é o período no qual adotante e adotado convivem como se família fossem, sob o mesmo teto, em intimidade de pai e filhos, já devendo o adotante sustentar, zelar, proteger e educar o adotante. É um período de teste para se aquilatar o grau de afinidade entre ambos os lados e, se, realmente, fortalecem-se os laços de afetividade, que são fundamentais para a família”.

Quem receber a guarda da criança terá o prazo de 15 dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência.

Ademais, houve alteração na habilitação à adoção. Conforme o art. 50 do ECA, cada comarca deve manter um registro de criança e adolescente em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. Para fazer parte do cadastro de adotantes, o indivíduo deve ser aprovado em um procedimento habilitatório.

Novos detalhes acerca da habilitação de pretendentes à adoção foram inseridos no procedimento, aos art. 197-C, 197-E, com destaque ao novo art. 197-F, que, visando não prorrogar em excesso o procedimento, fixou o prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção em 120 dias, prorrogável por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

O art. 152, § 2 do ECA regra distinta do art. 219 do CPC, determinando que os prazos e os procedimentos da lei 8.069/90 deverão ser todos contados em dias corridos, e não em dias úteis, como os do CPC, excluindo o dia do início e incluindo o d vencimento, com intuito de acelerar o procedimento, foi reduzido de trinta para quinze dias os casos em que se entender necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

O procedimento de colocação em família substituta sofre consideráveis avanços, na hipótese de os pais concordarem com adoção, é possível a adesão expressa à colocação do filho em família substituta por mero requerimento formulado diretamente em cartório, designando o juiz audiência, no prazo máximo de dez dias, sendo esta última extremamente formal.

Na referida audiência, deverá estar presente o Ministério Público, os requerentes, acompanhados de advogado ou defensor, tomando-se por termo a declaração de anuência para fins de colocação do filho em família substituta.

É retratável o consentimento até a realização da audiência, sendo possível o arrependimento até o prazo de dez dias da prolação da sentença de extinção do poder familiar.

Por fim, cabe ressaltar as alterações feitas na CLT, cujo objetivo claro é fomentar a adoção. Foi acrescentado o parágrafo único ao art. 391-A e modificados os arts. 392-A e 396 da CLT.

3.2 Conceito de adoção

O instituto da adoção representa, na sua evolução, variadas roupagens. Seus aspectos, características e efeitos, experimentando os influxos da época, sofreram transformações em razão dos costumes e das leis que o disciplinam.

Segundo Silva Filho (2011), em geral, as leis positivas não definem a adoção. É de boa técnica legislativa, na área do direito, não fazê-lo. As conceituações dos institutos jurídicos normalmente são formuladas pela doutrina, num dado sistema normativo e em certa época. Nesta ação de formular conceitos, valem-se os doutrinadores das características gerais que informam a adoção. Assim, há univocidade conceitual.

É de se considerar, também, que os conceitos jurídicos são formulados a partir de um sistema de normas determinadas incidentes sobre certo instituto, considerando a produção de certos efeitos. Não é diferente com a adoção. O conjunto orgânico de regras aplicáveis, formando uma unidade, é que caracteriza o seu regime jurídico, que, sendo variáveis nas diversas ordens jurídicas, por consectário, múltiplos, também, são os conceitos de adoção – ainda que geralmente apareça como ato gerador de um estado.

De acordo com Guimarães (2003), a maioria dos autores procura desatacar a criação de um vínculo especial de parentesco, chamando-o de civil, para distingui-lo do natural. Outros a definem como o ato jurídico que cria entre pessoas relações fictícias e puramente civis de paternidade e filiação.

A adoção é uma realidade decorrente da atuação humana. Embora as causas sejam diferentes, não se consegue distinguir os laços que se formam entre filhos criados por aqueles que não os geraram e entre os filhos criados pelos pais biológicos. O vínculo parental, embora

o consanguíneo decorra da própria natureza biológica, necessita da intervenção normativa para ingressar no direito. O vínculo de origem biológica não equivale a vínculo de natureza jurídica.

A adoção, é portanto, segundo Silva Filho (2011), ato jurídico complexo que estabelece vínculo de filiação. É ato jurídico porque promana inicialmente da vontade autônoma das pessoas envolvidas.

No entanto, os seus efeitos jurídicos, com base em uma situação de fato – interesse em adotar e colocação da criança ou do adolescente em família substituta. Deve ser mencionado que nem sempre as vontades são convergentes, pois os pais do adotando ou seus respectivos podem oferecer resistência, bem como o Ministério Público.

Daí a complexidade do ato, que exige o concurso de várias vontades, visando um fim comum, mediante um processo que culmina com a sentença constitutiva do vínculo paterno-filial. Mas não é só. A colocação em família substituta deve levar com consideração, sempre que possível, a opinião da criança e do adolescente, sobretudo para a aferição da “relação de afinidade ou de afetividade”.

Além disso, a adoção deve fundar-se em motivos legítimos e apresentar real vantagem para o adotante, não sendo deferida a “colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. São verdadeiros requisitos teleológicos que devem ser sopesados na avaliação do pedido. Assim, a adoção não é ato derivado exclusivamente da vontade dos envolvidos diretamente, mas depende da apreciação jurisdicional. Com a sentença, ponto culminante da atividade jurisdicional, se constitui o vínculo de filiação (SILVA FILHO, 2011).

Não se concorda, portanto, com a ideia de que a adoção é criação factícia de um vínculo, porque o direito é que consagrou esta realidade, isto é, a constituição do vínculo paterno-filial por via adotiva, com indistinção. E o direito tem esse poder de criar a sua própria realidade. Não se deve confundir origem biológica com origem jurídica, mas o vínculo paterno-filial não pode sofrer distinção.

3.3 Formas de adoção

No Brasil, antes do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, havia três espécies de adoção. A adoção de menores em situação irregular era disciplinada pelo revogado Código de Menores, havendo previsão neste Diploma Legal de duas modalidades de adoção: adoção simples e adoção plena, com diferenças de relevo entre as duas no que tange à abrangência. Já

nos casos que não envolviam menores em situação irregular a adoção era regida pelo Código Civil.

Segundo Guimarães (2003), com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e a revogação do Código de Menores, deixaram de existir as então denominadas adoção simples e adoção plena, que envolviam menores em situação irregular. Passou-se a coexistir a adoção de crianças e adolescentes regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a adoção de maiores tratada pelo Código Civil.

Dessa forma, o Novo Código Civil, manteve essas duas espécies de adoção, ou seja, a adoção de menores de 18 anos e a de maiores de 18 anos, ambas regidas pelo novo Código Civil, sendo que, no caso da adoção de menores de 18 anos de idade, aplicam-se também, e prioritariamente, as normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser ele lei especial e principiológica, no que se refere à proteção dos interesses de crianças e adolescentes.

Quanto aos menores de dezoito anos, nunca existiram dificuldades a respeito da necessidade de processo judicial. Há, no Código em vigor, a regra do art. 1.623: “A adoção obedecerá o processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código”.

No pertinente aos maiores de dezoito anos, anteriormente, sob a égide do Código de 1916, havia vários aspectos duvidosos, como no tocante à forma por escritura pública, ou à necessidade do ajuizamento judicial do pedido. Dominava a entendimento de que aos maiores de dezoito anos se permitia a adoção por meio de escritura pública, sem a intervenção judicial.

De acordo com Venosa (2008, p.280) “O presente Código assume a posição esperada, ao estabelecer que a adoção de maiores de 18 anos dependerá também de assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva”

Percebe-se daí, que o art. 227, no seu caput e no §5º, destina-se à proteção da criança e do adolescente, embora epigrafado por um capítulo dirigido a proteger também o idoso. Não, porém, a pessoa maior *in genere*. Aos maiores e capazes não se revela congruente a assistência do Poder Público, se tolhidos de disporem livremente da vontade.

Mesmo que necessária a assistência do Poder Público, podia se concretizar através do próprio oficial do cartório que procedia a averbação, a quem se facultava a suscitação de dúvida perante o juiz competente, se transparecesse alguma irregularidade no ato da escritura pública.

Pereira (*apud* RIZZARDO, 2005, p.539) ia além, quanto à interpretação de quem representa o Poder Público

A propósito, desde logo é conveniente assinalar, está presente na atuação do tabelionato, a intervenção do Poder Público imposta pela Constituição Federal: consoante o art. 236 da Constituição, os serviços notariais, se exercidos em caráter privado, ou são por delegação do Poder Público. Argumento forte no estabelecimento de minha convicção foi aceitar a necessidade de menor formalismo e burocracia na

adoção de pessoa com mais idade, pois que, exatamente por terem idade maior, dispensam a proteção a resguardo trazidos pela via processual (a exigência de processo, sem dúvida se fixava na imprescindibilidade de solenizar para melhor proteger os interesses do menor adotado). [...] Adoção. Averbação no Registro Civil. Decisão do juiz que nega o pedido de averbação feito adotantes, sob o fundamento de se encontrarem revogadas as normas do CC, que dispõe sobre a adoção por escritura pública, frente à nova sistemática introduzida pela Constituição de 1988. O capítulo VII da Constituição Federal, que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, não revogou totalmente as normas do Código Civil que disciplina os mesmos assuntos, se dependentes os cânones respectivos de lei complementar.

Neste tipo de adoção, era imprescindível a escritura pública, como exsurge do art. 375 do Código Civil de 1916: “A adoção far-se-á por escritura pública em que se não admite condição nem termo”. A partir do Novo Código Civil a adoção somente é possível através de processo judicial através de sentença constitutiva proferida, para os casos que envolver adoção de criança/adolescente e maiores de idade.

A forma procedimental não consta na Lei nº 8.069/92, que se restringe à adoção de menores. O novo Código Civil deixa de mencionar quais requisitos necessários para o respectivo processo judicial. Assim independentemente de idade, para ter eficácia e validade, deverá receber a chancela jurisdicional do Estado, nos termos do art. 47 do ECA.

Assim, de acordo com Guimarães (2003), as regras do novo Código Civil somente são aplicáveis à adoção de crianças e adolescentes, se não forem incompatíveis com os princípios orientadores do Estatuto. Sendo incompatíveis com os princípios adotados pela referida lei especial, ou seja, com a proteção integral, que tem como fundamento o reconhecimento de direitos especiais e específicos a todas as crianças e adolescentes, decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, não serão aplicáveis as regras do novo Código Civil.

Observa-se, contudo, que o novo Código Civil, praticamente, apenas reproduziu alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, procurando adapta-las às modificações que por ele foram introduzidas no ordenamento jurídico. Não pretendeu o legislador, com o novo Código Civil, alterar significativamente as normas referentes à adoção de crianças e adolescentes contidas no ECA. Aliás, o projeto de lei que altera o novo Código Civil, em tramitação, inclui neste diploma legal as demais disposições do Estatuto referentes à matéria, anteriormente omitidas.

4 ADOÇÃO POST MORTEM

Nesse capítulo será abordado o funcionamento da adoção post mortem no ordenamento jurídico brasileiro e seus respectivos efeitos.

4.1 Definição

Trata-se a adoção post mortem daquela adoção que será considerada plena ainda que haja o falecimento do adotante no curso do processo de adoção. Exige-se que exista a manifestação inequívoca da vontade de adotar, prevista no art. 42 § 6 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com art. 42 do ECA, podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) § 6 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.

Na hipótese de óbito do adotante durante o procedimento de adoção, e mediante à constatação de que o mesmo manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

De acordo com Faria e Rosenvald (2016, p.984-985):

O conceito de vontade inequívoca manifestada pelo adotante antes de seu óbito é aberto, devendo ser alcançado a depender da circunstância concreta. Por isso admite-se que a vontade inequívoca decorra da chamada posse de estado de filho, em caso nos quais o adotante-falecido, antes de sua morte, estabeleceu com o adotado uma relação fática paterno-filial. Sob o ponto de vista prático, significa que a vontade inequívoca de adotar manifestada antes do óbito, deve ser evidenciada pelos mesmos critérios utilizados para demonstração da filiação socioafetiva.

Logo, a adoção post mortem nos termos do ECA, somente se concretiza pela conjugação de dois requisitos: a) inequívoca manifestação de vontade de adotar; b) o adotante falecer no curso do procedimento.

Atenta-se que para a adoção post mortem ainda que não iniciada o processo de adoção deve ser aplicada as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva. São elas: a) tratamento do adotante como se filho fosse; b) conhecimento público dessa condição.

A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (ex nunc), não produzindo efeitos retroativo (ECA art. 47 § 7). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito retroage à data do falecimento.

De acordo com a relatora do recurso, Ministra Nancy Andrighi o direito brasileiro possibilita a adoção póstuma, nos termos do artigo 42, parágrafo 6º, do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), na hipótese de óbito do adotante do curso do procedimento de adoção, e diante da constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Segundo ela, a jurisprudência tem alargado os limites do ECA e permitindo que figure como adotante que, ‘embora não tenha ajuizado essa ação em vida, demonstrou, também de forma inequívoca, que pretendia realizar o procedimento’. (STJ, 2019).

Logo, basta que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante. No momento em que é admitida a possibilidade da adoção, mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se está aceitando o reconhecimento da paternidade afetiva. Até porque é isso que a sentença faz. Flagrante a existência da posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção.

De acordo com Boeira (1999, p.54): “A posse de estado de filho revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrências de elementos, frutos de uma convivência.”

Destaca-se que a inequívoca manifestação dos laços afetivos existentes, entre adotante e adotado deve ser comprovada nos autos pelo adotado quando pleitear a adoção após o falecimento do adotante, além da existência da vontade de adotar pelo adotante antes de sua morte.

4.2 A afetividade

A palavra afeto provém do latim *affectus*, que se origina da justaposição dos termos latinos ad (para) e *fectum* (feito), que significa “feitos um para o outro”, estado ou disposição do espírito, sentimento, afeição, paixão, ternura de uma pessoa para outra.

Segundo Fachin (2006, p.78): “O afeto nas relações familiares e, sobretudo, na filiação já fazia presente antes mesmo da Constituição Federal de 1988, uma vez que já se admitia a adoção, “reconhecendo a filiação fundada na vontade e no afeto, acima dos vínculos de sangue.”

Contudo, é certo que o afeto ganhou força com a Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil de 2002, que lhe deram um suporte jurídico e o colocaram no cenário central das discussões relativamente à sua verdade: se superior ou não à verdade biológica.

Além de ser um sentimento ligado à nossa vida psíquica e moral, tendo, pois, um valor ético, o afeto também possui um valor jurídico.

A inclusão do filho dentro de uma família monoparental ou daquela constituída pela união estável coloca-o numa posição semelhante a que teria dentro de uma família formada pelo casamento, com a mesma dignidade, com o mesmo afeto, livre de qualquer distinção discriminatória.

A regra de solidariedade humana, e notadamente familiar, é assentada no dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, bem como no dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Com relação aos idosos em particular, além da solidariedade humana, a qual deve existir em relação àquelas pessoas que, em boa parte ou na totalidade, deram a sua contribuição à sociedade, há o reconhecimento do direito à dignidade humana. Segundo Lôbo (2004, p.513) “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue”.

O vínculo de afeto não se desfaz com a morte do adotante, materializa-se juridicamente na verdade da vontade inequívoca de adotar, na adoção póstuma.

Segundo Chaves, Welter, e Madaleno (2004) é possível afirmar que o afeto é um novo critério para definição da filiação, prevalecendo nas famílias contemporâneas laços de afeto e solidariedade entre pais e filhos e esta situação passa a ter, enfim, para o mundo jurídico, uma significação. Mesmo que de forma lenta, esta noção vem reivindicando uma posição clara na doutrina e na jurisprudência sobre o seu papel no sistema de estabelecimento da filiação.

Sendo assim o afeto é de suma importância para a caracterização da filiação, comprovando o carinho entre ambos pais e filhos perante a sociedade.

4.2.1 A adoção post mortem na jurisprudência

Apesar da adoção ser uma relação na forma “*inter vivos*”, a adoção póstuma é uma hipótese tratada distintamente, pois, como visto, há que se verificar, no caso concreto, se há a presença da manifesta e inequívoca vontade de adotar, seja no curso do procedimento ou antes dele, neste último, por meio do vínculo afetivo estabelecido entre pretensos adotante-adotado.

Pode-se verificar que as decisões dividem-se ainda entre a aplicação da lei, sem se analisar de forma minuciosa e única cada caso, e a maleabilidade dessa mesma aplicação, quando unidas aos princípios e ao sentimento.

Segundo Bordallo (2010, p.249) não é apenas um ato judicial:

Deve-se ser levado em considerações, principalmente, que a adoção é puramente um ato de amor, que acontece nos corações do adotante e do adotando, sendo assim, independe de ato judicial que faz produzir tão somente os efeitos jurídicos. Com base nisso que se interpreta a adoção póstuma como sendo justa, adequada e possível.

Quanto ao deferimento da adoção póstuma, ainda que sem processo em andamento, há de se levar em consideração os casos em que a relação afetiva já se concretizou, e só se quer do Poder Judiciário o reconhecimento legal, conferindo ao pretense adotante reafirmar o que ele já é uma realidade inquestionável, que é a condição de “pai e filho”.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa possibilidade, no qual, em situações excepcionais, de comprovação inequívoca do vínculo afetivo, poderia permitir a adoção póstuma, mesmo sem o início do procedimento, antes da morte do adotante:

1.A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de 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.

2.Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação sócio afetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3.Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4.Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, conclui pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial. 5.Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1326728/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/02/2014) (BRASIL, 2014).

Dessa forma, se percebe que o referido dispositivo legal não limita a adoção póstuma à possibilidade delineada em sua redação, assim, uma ruptura no conceito de que a adoção deve-se dar em vida. O STJ já havia se manifestado de forma receptiva em caso semelhante, como se observa:

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. (REsp 457.635/PB, Rel. Ministro Ruy ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 17/03/2003, p. 238).

Verifica-se que houve a adoção *post mortem* mediante a existência de prova inequívoca da filiação. No caso em análise, houve a apresentação da certidão de batismo que comprovava a existência da relação afetiva existente desde a época.

Nesse mesmo sentido Digiácomo e Digiácomo (2010, p.46-47) “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 que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção”.

Observa-se que a certidão de batismo demonstra a real intenção de adotar, servindo de prova para provocar a procedência do pedido de adoção *post mortem*.

De acordo com Farias e Rosenvald (2014, p.951):

Percebe-se que o falecimento do adotante no curso do procedimento judicial de adoção, após ter exteriorizado manifestação inequívoca da vontade de adotar, não impede o estabelecimento do vínculo de parentesco entre ele e o adotando. A vontade externada, nesse caso, se projeta para depois da morte, possuindo uma eficácia futura.

Logo, havendo em algum caso concreto a possibilidade da concessão da adoção póstuma sem procedimento judicial prévio, porém, comprovando-se a manifestação de vontade do pretense adotante por meio da caracterização da paternidade socioafetiva, a decisão do Poder Judiciário não poderia divergir do seu deferimento. Recentemente, o TJRS proferiu julgamento sobre a matéria:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POSTMORTEM*. PLEITO DE AFASTAMENTO DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA ENTRE O ENTEADO E O PADRASTO. DESCABIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A CARACTERIZAÇÃO DA POSSE DO ESTADO DE FILHO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. As ações pautadas na socioafetividade ensejam minuciosa análise do substrato probatório, especialmente diante da diversidade de realidades fáticas dos núcleos de convivência, havendo necessidade de incontestável comprovação dos elementos caracterizadores da referida parentalidade, quais sejam, o *nomem*, o *tractus* e a *reputatio*, em que pese possam ser feitas certas relativizações. Objetivo do presente feito que se equipara à *adoção* póstuma, cabível somente para fins de preservação da filiação já concretizada juridicamente, fundada em ato formal e voluntário que pode se dar através do registro civil ou testamento. Observância da exigência de comprovação da inequívoca manifestação de vontade por parte do adotante, nos termos do artigo 42, § 6º, da Lei n. 8.069/1990, através do relato dos familiares do falecido. Caso dos autos em que a prova documental e testemunhal produzidas lograram êxito em caracterizar, indubitavelmente, a posse do estado de filho. Inteligência do artigo 1.593 do Código Civil. Apelações desprovidas, por maioria. (Apelação Cível, Nº 70076637800, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 28-06-2019)

Observa-se que no caso em tela, se considerou necessária a existência de três elementos caracterizadores da filiação, para possibilitar a procedência do pedido de adoção *post mortem*, quais sejam: o *nomem*, o *tractus* e a *reputatio*. Esses são os elementos necessários para que ocorra a reconhecimento da filiação, para ensejar a adoção *post mortem*.

4.2.2 Efeitos jurídicos da adoção post mortem

Os efeitos da adoção são classificados como de natureza pessoal e patrimonial. A primeira consequência provocada pela adoção se refere ao rompimento do parentesco com a

família biológica, permanecendo apenas quanto aos impedimentos matrimoniais. Estes são irremovíveis em decorrência de razões morais, éticas e genéticas.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.677). “Quanto aos efeitos pessoais decorrentes da adoção, tem-se o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, mantidas, tão somente, as restrições decorrentes dos impedimentos matrimoniais.”

Também é efeito pessoal da adoção o poder familiar, estando o filho sujeito ao poder familiar com todos os direitos e deveres a ele inerentes. Com a sentença da adoção, ocorre a extinção do poder familiar exercido pela família originária, instantaneamente.

Ainda decorre da procedência da adoção a possibilidade de alteração do nome e prenome do adotando. Será registrado como uma certidão de nascimento tardia, seguindo uma padronização, com objetivo de evitar discriminações.

Segundo Digiácomo e Digiácomo (2010, p.59):

O registro será efetuado como se tratasse de um registro de nascimento tardio e a rigor não conterà qualquer distinção em relação aos demais registros de nascimento, mais uma vez para evitar qualquer tratamento discriminatório em relação à filiação biológica. [...] os efeitos da adoção se projetam para muito além das partes envolvidas no processo, pois atinge diretamente os ascendentes e demais parentes dos adotantes (assim como do adotado), inclusive no que diz respeito a determinados direitos e deveres, como os direitos sucessórios e de prestar alimentos.

Quanto a igualdade de direitos entre o filho adotivo e biológico, a Constituição Federal de 1988 já consagrou a isonomia, não permitindo quaisquer distinções entre as filiações.

O Estatuto da Criança e Adolescente apresenta expressamente a possibilidade do adotado conhecer seus pais biológicos. De acordo com Diniz (2009) existe a possibilidade do adotado propor ação de investigação de paternidade para obter o reconhecimento de sua verdadeira filiação.

Trata-se a possibilidade de conhecer a origem biológica de um direito natural. Contudo, da ação de investigação de paternidade não terá o condão de anular a adoção e por consequência também não trará consequências patrimoniais.

Segundo Venosa (2006, p.310):

A lei não veda expressamente, sendo inevitável reconhecer-se inelutável interesse moral do adotado para essa ação, a qual, no entanto, nunca poderia ter o condão de romper a filiação estabelecida pela adoção, não tendo qualquer repercussão patrimonial, mas unicamente moral.

Dessa forma, é possível afirmar que a adoção não poderá ser revogada. Existe a possibilidade da investigação para o adotado descobrir sua origem biológica, mas isso não ensejará o restabelecimento do parentesco extinto para adoção.

Como a Constituição Federal não permitiu distinções entre as filiações, o filho adotivo participará da herança dos pais adotivos, tendo participação igualitária dos filhos biológicos.

Segundo Venosa (2006, p.310) “o adotado passa a ser herdeiro do adotante, sem qualquer discriminação e, o direito a alimentos também se coloca entre ambos de forma recíproca. Nesses aspectos, desvincula-se totalmente o adotado da família biológica”.

Os tribunais brasileiros tem apresentado entendimento de que a filiação atribuída em adoção post mortem provoca a participação do adotado na herança. Nesse sentido decisão proferida pelo TJRS:

AGRAVO. SUCESSÕES. HABILITAÇÃO DE HERDEIRO MENOR, A QUEM FOI DEFERIDA *ADOÇÃO POST MORTEM*. A direito à herança é consectário inofismável da filiação atribuída por processo de *adoção post mortem*, descabendo qualquer questionamento acerca da condição de herdeiro do menor agravado. Absurda e sem qualquer fundamento a alegação do agravante no sentido de que a decisão deferiu apenas a inserção do nome do pai no registro, sem que isso traga outras implicações decorrentes do vínculo parental. NEGADO SEGUIMENTO. (Agravado de Instrumento, Nº 70012013777, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 15-06-2005)

Verifica-se que a decisão proferida na adoção post mortem tem como efeito conceder a qualidade de herdeiro ao adotado, mesmo não expressando essa consequência na decisão.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo identificar a possibilidade de haver a adoção post mortem prevista no art. 42, §6 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como suas consequências jurídicas.

As relações familiares passaram por evolução, provocando mutações no ordenamento jurídico brasileiro, assim como nos julgamentos de processos a respeito. Isso ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que passou a conceder proteção as diversas espécies de família, representando a ruptura de paradigmas no direito de família brasileiro.

Nesse contexto, surgiu a proteção as famílias constituídas apenas por vínculos afetivos, a denominadas famílias socioafetivas, possibilitando inclusive a adoção *post mortem*, embasada nas relações afetivas constituídas entre as partes.

Reconhecida a existência da paternidade socioafetiva, ocorre a procedência do pedido de adoção de post mortem, mesmo que no momento do óbito não houvesse em tramitação processo de adoção. Esse reconhecimento depende da existência de provas inequívocas a respeito da paternidade afetiva.

Em alguns casos excepcionais, segundo a Superior Tribunal de Justiça, pela quarta turma, não é necessário havendo o afeto o adotante ter entrado com o processo de adoção antes de sua morte, pois algumas provas consideram tal vontade inequívoca de adotar, sendo elas um convite de formatura se dirigindo ao adotante como pai, certidão de batizado onde consta o nome do mesmo.

O vínculo de afeto não se desfaz com a morte do adotante, materializa-se juridicamente na verdade da vontade inequívoca de adotar, na adoção póstuma.

Além de ser um sentimento ligado à nossa vida psíquica e moral, tendo, pois, um valor ético, o afeto também possui um valor jurídico.

Sendo assim a afetividade é de suma importância para a caracterização da filiação, comprovando o carinho entre ambos pais e filhos perante a sociedade.

Diante do reconhecimento da filiação afetiva ocorrem todas as consequências existentes na filiação biológica, uma vez que a filiação afetiva e adotiva se equiparam a filiação biológica. Os tribunais são unânimes em seus julgamentos, no sentido de que ocorrendo esse reconhecimento ocorrem os efeitos pessoais e patrimoniais. Logo, com a adoção post mortem ocorre a possibilidade da adoção do nome dos adotantes, o direito de alimentos, submete os adotantes sobrevivente ao poder familiar e também a participação na herança deles.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, J. **Adoção plena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

AZEVEDO, Á. V. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA, A. A.; VIEIRA, C. S. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

BEM KLAUSS, O. G. **A Adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

BITTENCOURT, S. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia**. Rio de Janeiro: Lumens Juri 2010.

BITTAR, C. A. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOEIRA, J. B. R. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho, paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BORDALHO, G. A. C. Adoção. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916:** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949:** Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957:** Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965:** Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979:** Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

_____. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017:** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.

CHAVES, A. **Adoção:** Adoção Simples e Adoção Plena. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Filiação Adotiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. A. **Estatuto da criança e adolescente anotado e interpretado.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. Vol. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, L. E. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: Famílias. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FIUZA, R. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANATO, E. F. R. **Adoção doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2010.

GUIMARÃES, G. S. A. **Adoção, tutela e guarda**: conforme o estatuto da criança e adolescente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

KUMPEL, V. F.; GARCIA, B. B. **Lei 13.509/2017 e a ressurreição da adoção**. 2018. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br>. Acesso em: 14/mar/2019.

LÔBO, P. L. N. O Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In CAHALI, Y. S.; CAHALI, F. J. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais**: família e sucessões. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEDEIROS, A. S. C. Breves considerações sobre a nova lei de adoção. In: AZEVEDO, Á. V.; et al. **Revista IOB de direito de família**. n° 57. Porto Alegre: Síntese, 2010. p. 7-11.

NUCCI, G. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, J. M. L. L. **Guarda, Tutela e Adoção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREIRA, R. C. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RAMIDOFF, M. L. **Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral**. Curitiba: Vicentina, 2008.

RIZZARDO, A. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**: Direito de Família. Vol. 6. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: 2002.

SANTOS, R. A. **Comentários sobre a adoção no Brasil e a lei 12.010/09**. Disponível em: www.portaleducacao.com.br. Acesso em: 14/fev/2018.

SCHREINER, G.; et al. **101 perguntas e respostas sobre adoção**. Série Toda criança em família. 1. Vol.; São Paulo: CECIF, 2005.

SILVA FILHO, A. M. **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Civil. Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento, Nº 70012013777**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 15-06-2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04/jun/2019.

_____. **Resp. 1326728/RS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/02/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04/jun/2019.

_____. **Apelação Cível, Nº 70076637800**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 28-06-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04/jun/2019.

_____. **REsp 457.635/RS**, Rel. Ministro Ruy ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 17/03/2003, p. 238. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04/jun/2019.

LAMENZA, F. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionarieidade do Estado**. Barueri: Manole, 2011.

<https://m.migalhas.com.br/depeso/204630/lei-da-palmada-um-tapa-na-cara-da-familia-brasileira>