ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ADOÇÃO DE FATO E A POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO PÓSTUMO

ADOPTION OF FACT AND THE POSSIBILITY OF ITS POSTHUMOUS RECOGNITION

Suzana Paula de Oliveira Pereira*

RESUMO: Este trabalho visa identificar meios de proteger juridicamente a situação dos filhos adotivos de fato, que são filhos não-biológicos em que a adoção judicial não foi regularizada, englobando também a sua modalidade póstuma. Baseando-se em estudos de artigos literários e de trechos de nossa legislação pátria, assim como o art.1593 do Código Civil que traz uma lacuna legal na qual é possível enquadrar a adoção de fato, assegurando os direitos das pessoas nessa condição. Enfim, a adoção de fato busca atingir os mesmos efeitos de uma adoção judicial, principalmente o reconhecimento civil como também seus efeitos sucessórios.
Palavras-chave: Adoção de fato. Reconhecimento. Póstuma.

ABSTRACT: This paper aims to identify ways to legally protect the status of adopted children of fact, that are non-biological children in court when the adoption was not legalized, covering as well its posthumous modality. Based on studies of critical articles and excerpts from our national legislation, as well as the art.1593 of the Civil Code which brings a legal gap it's possible to frame the adoption of fact, ensuring the rights of people in this condition. Finally, the adoption of fact seeks to achieve the same effect of a judicial adoption, especially the civil recognition of succession as well as its effects.
Keywords: Adoption of fact. Recognition. Posthumous.

* Acadêmica do 10º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, além do objetivo de analisar o reconhecimento da adoção de fato no nosso ordenamento jurídico, também será dado enfoque a sua modalidade póstuma.

Primeiramente será apresentado um conceito de adoção de fato seguindo-se da análise das possíveis formas de seu reconhecimento, tendo como metodologia à pesquisa bibliográfica, sobressaltando a busca de subsídios com a análise da doutrina sobre a adoção de fato e seus principais aspectos. Auxiliando-se também da pesquisa documental, mediante a consulta da legislação aplicável, bem como da jurisprudência a respeito do tema.

A adoção de fato refere-se a um vínculo contínuo de filiação sócio-afetiva e que ainda não convalidada judicialmente, mas que necessita de seu reconhecimento para surtir efeitos jurídicos na vida dos filhos de criação, que aqui são denominados de adotivos de fato.

O direito deve representar através de suas normas a efetivação dos costumes e a regularização legal de determinadas situações, para que as mesmas amparem os cidadãos e gerem a certeza jurídica sobre determinadas matérias, assim como os costumes da sociedade mudam, as normas devem acompanhar essas mudanças.

Segundo o autor Marivaldo Cavalcante Frauzino (2006, p. 01):

> Encarregaram-se os Doutrinadores e os Julgadores com maior visão de mundo, de inserir o Direito à realidade social atual, tanto é que as questões relacionadas à área de família como a dos pais de fato ou filiação de fato; ou ainda a expressão mais utilizada na doutrina e jurisprudência, "família sócio-afetiva", envolvendo pessoas sem qualquer parentesco sanguíneo, já não se encontram mais no limbo do Direito.

A lei brasileira através do artigo 227, § 6º da Constituição Federal, consagrada em 1988, reconheceu a igualdade sem distinções entre os filhos, mas os direitos ao reconhecimento da filiação para os filhos adotivos de fato não ficaram devidamente resguardados, principalmente, no que concerne a

direitos sucessórios e reconhecimento de adoção póstuma.

O Código Civil em seu art.1593 traz uma possibilidade legal na qual é possível enquadrar a adoção de fato de maneira a assegurar os direitos das pessoas nessa condição. A lei diz que "o parentesco é natural ou civil conforme resulte de consangüinidade ou outra origem", sendo o termo "outra origem" vago e amplo o bastante para abranger os direitos dos filhos adotivos de fato e, assim o juiz poder julgar o caso a favor do tipo de filiação citada.

A adoção na sua forma judicial é regida pela Lei 8.069/90, e corroborada pelo Código Civil de 2002, e apresenta um rol taxativo de requisitos para que se requeira a modalidade de adoção póstuma, sendo que serão abordadas diferentes óticas que suscitam a saída do formalismo exacerbado para reconhecer a questão fática abordada.

Por fim serão analisados os principais fundamentos que defendem a adoção de fato, utilizando-se da analogia e interpretação extensiva das normas que regem o referido tema.

2 DA ADOÇÃO DE FATO

2.1 CONCEITO

O filho adotivo de fato é o comumente chamado filho de criação, aquele que é criado na constância de um lar, em uma família, que o mesmo não tem ligação genética/hereditária, onde sua documentação consta parentesco de origem diversa, ou seja, o mesmo não foi reconhecido judicialmente/formalmente como parte de família, o que o difere da adoção judicial anteriormente delineada, mas de forma factual/real está inserido dentro de uma família.

Sobre o referido tema o autor Serejo (2006, p. 1) comenta:

> A figura do filho de criação sempre esteve presente em nossa cultura e em nossas famílias. O termo "criação" desponta aqui como afeição, adoção, aceitação, sustento e guarda. Pode ser um parente distante ou o filho da empregada de confiança, ou um órfão, o filho da comadre, de um amigo

> pobre, de qualquer origem, enfim. Basta que se faça a opção de criar e ele será ungido com os cuidados de um filho.
> Ao longo do tempo, principalmente em se tratando de uma comunidade interiorana, esse filho passa a ser conhecido na cidade inteira, podendo até receber um apelido que o identifique com o seu pai ou com sua mãe, como José de Maurício, Maria de Creuza, ou qualquer outro indicativo da família que o abriga.
> Em casa, ele recebe todo o afeto que é dedicado aos filhos consangüíneos como amor, assistência material, lazer, tudo.
> O que falta, então, para que o filho de criação seja oficialmente reconhecido como filho? Apenas o ato de adoção legal, pois a adoção de fato está consumada no dia-a-dia, por anos e anos de convivência.

O mais importante é que os pais adotivos, que fizeram livremente a opção de receber esse filho, mantenham tal vínculo até a morte. Se o tratamento que é dispensado ao filho consangüíneo é o mesmo dado ao seu irmão de criação, não há como negar essa relação filial e admitir as suas conseqüências, notadamente sob a perspectiva da igualdade constitucional.

Neste tipo de adoção, o poder familiar originário não é desconstituído judicialmente, pois o menor continua com o nome dos seus pais biológicos na sua certidão de nascimento, e às vezes mantêm algum contato, mas não sendo criado ou educado por eles.

Na adoção de fato os pais de fato deixam de convalidar seu interesse na forma judicial por diversas causas, fazendo com que a criança ou o maior fique desamparado perante a legislação referente ao reconhecimento a filiação.

Convém deixar claro que adoção de fato não se confunde com a *adoção à brasileira*, que é uma espécie de adoção ilegal, onde os pais adotivos utilizam a falsificação de registro do menor para comprovar a parentalidade.

Portanto adoção de fato é uma espécie de filiação socioafetiva e assim que será denominada durante todo o percorrer desta obra.

Neste sentido o autor Marivaldo Cavalcante Frausino (2006, p. 1) explicita o seguinte:

> Na adoção de fato, o que se verifica preliminarmente é a intenção dos envolvidos, principalmente a do adotante em relação ao adotado. Amor, carinho, responsabilidade, cuidado, reciprocidade de afetos, compatibilidade emocional e outros sem números de fatores que muitas das vezes não se encontra no Direito, mas na Psicologia, na Sociologia, na Filosofia (Ética e Moral) e em outras ciências.

A adoção de fato surge então como sendo aquela emergente da construção afetiva, através da convivência diária, do carinho e cuidados dispensados à pessoa. Surge dentro do conceito mais atual de família, ou seja, de família sociológica, unida pelo amor, onde se busca mais a felicidade de seus integrantes.

Acerca da adoção de fato Belmiro Pedro Welter (2004, p. 61) entende que:

> Gravada no texto constitucional a igualdade jurídica entre os laços de sangue e de afeto, resta sem objeto a discussão acerca da existência das três verdades da perfilhação: formal, biológica e sociológica. A filiação formal, ficção jurídica, mera presunção, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro pela unidade da perfilhação e da certeza científica da paternidade e da maternidade, com a produção do exame genético em DNA. Permanecem no ordenamento jurídico as filiações genéticas e socioafetiva, em vista dos princípios da igualdade entre a perfilhação, da convivência em família e da ascensão do afeto a valor jurídico, a direito fundamental, um direito à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Atribuindo-se às duas paternidades os mesmos direitos, não se pode argumentar, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, que a adoção é a única espécie de família afetiva e, sobretudo, conceituada como substituta, conforme deixam entrever o artigo 227, § 6°, da Constituição Federal, e o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, amplamente apadrinhados pela doutrina e jurisprudência.

De acordo com o referido autor existem quatro espécies de filiação sócio afetiva: a adoção judicial; o filho de criação; a adoção à brasileira e o

reconhecimento voluntário ou JudIcial da paternidade e/ou da maternidade.

Nesses casos, é edificado o estado de filho afetivo, posse de estado de filho, na forma do artigo 226, §§ 4° e 7°, artigo 227, cabeço e § 6°, da Constituição Federal de 1988, e artigos 1.593, 1.596, 1.597, V, 1.603 e 1.605, lI, do Código Civil, cuja declaração de vontade torna-se irrevogável, salvo erro ou falsidade do registro de nascimento, artigo 1.604 do CC.

Sendo que, nesta obra somente é tratado o filho adotivo de fato, que também é denominado de por filho de criação.

A filiação afetiva configura-se nos casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, abrigando em um lar, tendo por fundamento o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto. É dizer, quando uma pessoa, constante e publicamente tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu, isto é preenchendo todos os requisitos da posse de estado de filho e caracterizando a parentalidade afetiva (WELTER, 2004).

2.2 PARENTALIDADE E A POSSE DE ESTADO DE FILHO

No sentido de identificar estas e outras questões relativas aos critérios de parentalidade e posse de estado de filho, faz-se necessário identificar a noção de posse de estado de filho, conhecer seus elementos definidores e sua aplicação no âmbito do direito de filiação, para permitir a fundamentação da validade da adoção de fato.

No direito brasileiro, o legislador do Código Civil silenciou sobre a posse de estado de filho. É um conceito que foi esquecido pelos doutrinadores e que, somente agora ressurge, fazendo-se referência às legislações estrangeiras que abriram espaço à filiação sociológica na legislação e na doutrina de Direito de Família sendo que, muito recentemente, o tema tem merecido a atenção de alguns autores.

A parentalidade está diretamente ligada a configuração da posse de

estado de filho e o seu conceito é bem delineado abaixo:

> A parentalidade (e a inseparável filiação) sócioafetiva existe quando uma criança ou adolescente tem, em relação a um adulto que não é seu genitor biológico nem adotivo, a posse do estado de filho, ou seja, existem entre eles "relações de afeto que se consolidam entre pais e filhos, mesmo na ausência de vínculo genético (SANTOS apud BRUNO, 2000, p. 1).

Nesta busca incessante por encontrar subsídios probatórios suficientes para estabelecer a filiação adotiva de fato, é que ganha destaque o instituto da posse de estado de filho, que valoriza, sobretudo, as relações de afeto, caracterizando-se não só pelo fator biológico ou por uma presunção legal e sim, por uma intensa convivência entre pai e filho.

Cumpre observar que o Direito Brasileiro não faz referência expressa ao instituto da posse de estado de filho, diferentemente de vários outros países, que inseriram tal instituto em sua legislação de forma expressa (ANDERLE, 2002).

Segue abaixo alguns conceitos que ajudam a elucidar a definição da posse de estado de filho:

> Neste sentido, contrabalançando a verdade biológica e a sócio-afetiva, é que surge o instituto da posse de estado de filho, valorizando-se a *afectio*, o caráter sociológico da filiação. É na posse de estado de filho que se vê caracterizada a paternidade de afeto.
> Entende-se a posse de estado de filho como sendo uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (ANDERLE, 2004).

O doutrinador Orlando Gomes afirma que ostentar o estado de filho é ter o título correspondente, com suas vantagens e encargos, é a exteriorização da condição de filho e reconhecido pela sociedade como tal (VEDÓI, 2006, p. 1).

No mesmo sentido Welter (2004, p. 67) entende que:

> A filiação socioafetiva é fruto do ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociais, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, conectando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, da solidariedade, subscrevendo a declaração do estado de filho afetivo. Pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem. É dizer, no fundamento do estado de filho afetivo é possível encontrar a genuína paternidade, que reside antes no serviço e no amor que na procriação. Com razão a doutrina, quando assevera que houve a desencarnação da família, consistente na substituição do elemento carnal ou biológico pelo elemento afetivo, sendo a verdadeira paternidade fato da cultura, e não da biologia.

Apesar de não haver reconhecimento pacífico do direito brasileiro ao filho adotivo de fato, existem alguns critérios jurídicos que caracterizam a posse de estado de filho, que auxiliam na comprovação do laço socioafetivo, encaixando o menor como membro da família adotiva de fato. São esses: o uso do nome, o tratamento dado e o reconhecimento público.

No que diz respeito ao primeiro elemento, o nome, este se caracteriza pelo uso do nome da família afetiva por seu filho. Em relação ao trato, este resulta do tratamento dispensado à pessoa, a criação, a educação, enfim, que a família adotiva de fato o tenha tratado como seu filho. Pode-se, assim, reconhecê-lo, pela assistência material e moral dada ao filho, como por exemplo, o carinho, os cuidados, o afeto, a educação, a saúde, comuns a todos os pais no tocante aos seus filhos. A fama é a exteriorização desse estado da pessoa para o público, isto é, que a sociedade conheça a pessoa como sendo filho daquela (ANDERLE, 2004).

Para a referida autora é importante que estes três requisitos estejam preenchidos, no que concerne a fama a autora afirma que:

> Tais pessoas, que formam o denominado "público", podem ser os vizinhos, amigos, empregados e, até mesmo, os paren-

> tes dos interessados, que mesmo podendo ser contraditados, não deixam de ter sua importância. Neste aspecto, cumpre ressaltar que as expressões "dizem", "ouvi dizer", "parece", não bastam para restar caracterizada a fama, sendo necessário convicção destas acerca da relação paterno-filial (ANDERLE, 2004, p. 1).

Existem vários aspectos sociológicos que contribuem para o processo definidor da adoção de fato, a aparência da relação de filiação é muito relevante, definindo-se que o elemento de notoriedade é aquele que se manifesta na visibilidade da posse de estado de filho no ambiente social, devendo esse fator ser contínuo e apresentar uma certa duração que revele estabilidade. A avaliação social de cada caso concreto, juntamente articulada à avaliação psicológica, podem fundamentar a definição jurídica de parentalidade sócioafetiva.

Acerca do referido tema Frausino (2004, p. 01) expõe que:

> Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos.

Portanto, pode-se afirmar que o elemento afetivo é um novo critério para a definição da filiação, sendo na família sociológica onde predominam os 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 a ser concebida, num primeiro momento, um pouco intuitivamente para, num segundo momento, reivindicar-se uma posição clara na doutrina e na jurisprudência sobre o seu papel no sistema de estabelecimento da filiação.

Corroborando esta mesma linha de pensamento Welter, leciona o seguinte:

> Além da verdade biológica, habita no Brasil a verdade afetiva, pelo que não basta a simples procriação, a voz do sangue, a origem, a ancestralidade, e sim "um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional", pois a filiação "que se quer revelar e prestigiar não é a verdade do sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração", enfim, "o ideal é que os filhos sejam planejados e desejados por seus pais e que estes possam garantir-lhes a sobrevivência nas condições adequadas (WELTER, 2004, p. 62).

No sentido de não olvidar o conhecimento acerca desta matéria em outros países, mas tentando não aprofundar a pesquisa neste sentido, pois este não é objeto deste trabalho, Brauner (2006, p. 01) afirma que:

> Determinadas legislações preocuparam-se em valorizar a posse de filho e inseri-la no âmbito das soluções para os conflitos em direito da filiação, entre elas, destacam-se: a francesa, a belga, a portuguesa, a italiana, do Quebec, a venezuelana, a boliviana, a uruguaia, a argentina, a senegalense, entre outras. [...] Na hipótese, uma lei de 25 de junho de 82, previu de forma inovadora, a posse de estado de filho como sendo um modo extrajudicial de estabelecimento da filiação, daquelas pessoas nascidas de relações onde não incide a presunção de paternidade de filho matrimonial. Constata-se que a originalidade do sistema francês está na elaboração de um documento (ato de notoriedade) que atesta a existência da posse de estado de filho e que servirá, posteriormente, para estabelecer o vínculo de filiação. Este sistema jurídico implantou novas mudanças recentemente, pois duas leis aprovadas em 93 e 94 reformularam disposições normativas relativas à filiação.

Baseando-se perfuctoriamente no entendimento acima delineado, percebe-se que a posse de estado de filho é considerada mais relevante por outras legislações, tendo em vista que o Direito brasileiro não faz referência ao tema, a seguir serão analisados os principais fundamentos que possibilitam as formas de reconhecimento da adoção de fato.

3 AS FORMAS DE RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO DE FATO NO DIREITO BRASILEIRO

Quanto às formas de reconhecimento tanto o Código Civil como o ECA trazem a possibilidade da transformação da adoção de fato em adoção na forma judicial, isto é o reconhecimento da filiação sócio afetiva, desde que os pais adotivos preencham os requisitos definidos em lei, tendo como elemento significativo a formação de um vínculo afetivo antes da adoção, diferindo dos demais processos que só possibilitarão a formação deste laço após a sentença prolatada.

Existindo também, a possibilidade de reconhecimento através de testamento, configurando-se um reconhecimento voluntário, onde o filho de criação é legatário, ocorrendo uma manifestação inequívoca de reconhecer juridicamente filho adotivo de fato.

No que se refere ao reconhecimento judicial, observamos que os filhos adotivos de fato são em grande volume desamparados de normas relacionadas sobre seus direitos à sucessão.

Observa-se, inclusive, a grande dificuldade que o Magistrado deve obter nas diligências sobre o reconhecimento da adoção de fato, principalmente no que se refere à tendência estática do direito brasileiro.

Ainda nesse sentido, pode-se verificar que poucos são os magistrados que decidem questões inexploradas com bom senso e cuidados necessários para esta delicada questão.

Realmente, o que se verifica são decisões de extremo formalismo, que em muitas vezes deixam de lado o sentido material do direito civil, em detrimento do sentido formal. O direito processual civil tende a buscar a verdade real dos fatos, eliminando, da praxe jurídica a verdade formal que muitas vezes prejudicam o reconhecimento judicial dos laços socioafetivos.

Com efeito, podemos perceber que o legislativo não busca amplas formas de tutelar os direitos sociais, porém sempre haverá, pelo bom senso, juízes com inovadores para decidirem o deslinde da questão sem mais formalismos.

A adoção de fato se configura na pessoa que cria o menor, aquele que

dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança afetiva ou ritualmente, aquele que fez a adoção de coração e não a confirma judicialmente.

Acerca deste tema o ilustre doutrinador Belmiro Pedro Welter (2004, p. 70) defende que:

> Além do exame dessas circunstâncias fáticas, deverão ser levados em consideração os seguintes aspectos: a) o carinho, o desvelo, ambiente tranqüilo que possa propiciar à criança desenvolvimento sadio físico e moral, com segurança e equilíbrio emocional dos pais; b) a habitualidade de dar amor, orientação, comida, abrigo, vestuário, assistência médica, escola, relacionamento na comunidade e laços religiosos; c) a boa formação moral, social e psicológica, a busca da saúde mental ou a preservação da sua estrutura emocional; d) o tratamento respeitoso e digno; e) a idade, circunstâncias em que vive a criança, o seu bem-estar e concepções educativas dos pais; f) examinar o grau de conflito entre as partes, promovendo diálogo entre os pais biológicos e afetivos; g) saúde, sentimentos do filho, necessidade de estabilidade, disponibilidade educativa e afetiva, equilíbrio psicológico, moralidade da vida, condições materiais, presença de avós, novo casamento ou união estável.

Nestes termos preceitua o art. 4º do CPC: "O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; [...]."

A Carta Magna também assegura este reconhecimento através dos princípios fundamentais: a dignidade da pessoa humana; uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; buscando sempre a prevalência dos direitos humanos; a garantia do direito de herança, além de outros artigos (FRAUSINO, 2006).

Quanto ao instituto da família, disciplina ainda nos seguintes termos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]

> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> [...]
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não esteja fundamentada nas necessidades sociais, revela-se incoerente e insuficiente. Servindo o texto abaixo para elucidar sobre o tema.

É de se reconhecer pelo Texto Constitucional que a "família-instituição", tutelada em si mesma, foi substituída pela "família-instrumento", voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se uma família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes; nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários (FRAUSINO apud BOEIRA, 2004, p. 1).

Verifica-se ser plenamente cabível, por analogia, os argumentos defendidos neste trabalho, pois que em situações como as da referida Lei, em que a família sócio-afetiva está ainda mais distante, sendo necessário o Estado criar condições para o seu surgimento, não poderia negar tutela nos casos de existência da família e filiação sócio-afetiva de fato, em situações em que sua presença já é realidade constatada (FRAUSINO, 2004).

Vale salientar que a adoção se dá sempre em benefício pessoal, moral e afetivo do adotando, buscando a manutenção de seus direitos e a relação sócio-afetiva, tanto é que assim disciplina o art. 1.625 do CC: Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando (FRAUSINO, 2004).

Muito se tem discutido acerca de um prazo sobre o qual configurar-se-ia a real adoção de fato Welter (2004, p. 69) entende que:

> Ao ser prolatada decisão judicial, acerca do momento em que se instala a verdade socioafetiva, o julgador deve levar em conta três tempos: o tempo passado, o presente e o futuro, pois "podemos conceber o tempo sem acontecimentos, mas não

> um acontecimento sem o tempo" 1) o tempo passado é a manifestação do ideal, da vontade, do desejo da paternidade e da maternidade; 2) o tempo presente, levando-se em consideração os fatos existentes quando do julgamento da demanda, como: 2-a) se quem desejou o filho está vivo, morto, se houve casamento, separação, divórcio, se nasceu um filho ou se desistiu do ideal, do desejo e da vontade procriacional; 2-b) se a gestante substituta tenha reconsiderado a decisão da renúncia à maternidade; 2-c) se entre as partes litigantes ocorreram mudanças na saúde, econômico-financeiras, morais, intelectuais, culturais etc; 3) o tempo futuro, a paternidade e a maternidade reclamam imensa responsabilidade dos pais, da sociedade e do Estado (artigo 227 da CF), pelo que não se concebe que a alguém seja atribuída uma filiação sem que seja vislumbrado um futuro com dignidade para o filho.'

Todos os aspectos acima elencados devem ser levados em conta para verificação de uma adoção de fato não só o aspecto tempo, pois não se pode relacionar diretamente esse tópico para configurar a abertura de um laço afetivo, pois mesmo que mínimo, pode ser o único para aquela criança.

Sobre as principais fundamentações acerca do reconhecimento da adoção de fato dentro desta presente pesquisa serão explicitadas duas principais vertentes: a primeira que fala sobre a desnecessidade do processo de adoção e a segunda sobre a brecha legal dada pelo art. 193 do Código Civil vigente.

3.1 DA DESNECESSIDADE DO PROCESSO DE ADOÇÃO

Vislumbra-se até a desnecessidade do processo de adoção judicial, em vista da possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade e/ou da maternidade socioafetiva, acerca desse tema o doutrinador Belmiro Pedro Welter (2004, p. 73) explicita que:

> O paradigma da perfilhação biológica está em momento de transição com a constitucionalização da filiação sociológica, e toda passagem para um novo paradigma é uma revolução científica. Essa substituição do predomínio genético por elementos afetivos reclama uma paternidade mais ampla e livre

> de discriminações e preconceitos, já que essa nova perfilhação constitui direito fundamental à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

Reforça seu entendimento afirmando que:

> Por pai jurídico entende-se o biológico e/ou o afetivo, em vista da igualdade constitucional entre a biologia e a afetividade, pelo que a declaração do estado de filho não é tão-só biológica, mas, principalmente, afetiva. Logo, os pais afetivos, para obterem o registro do filho, não precisam de processo de adoção, podendo ajuizar ação de investigação de paternidade socioafetiva (tendo o afeto como causa de pedir) ou admitir, voluntariamente, a paternidade e/ou a maternidade por escritura pública, escrito particular, testamento, manifestação direta e expressa perante o juiz (artigo 1.609 do Código Civil), exercem os mesmos direitos da filiação genética.

Conforme pensamento do referido autor não seria necessário processo judicial de adoção para os casos de reconhecimento de fato e manifestação de vontade dos pais afetivos, em que não há litígio, podendo o magistrado, ouvindo o Ministério Público, extinguir o processo, homologando a vontade dos pais afetivos e determinando o registro da sentença no Cartório de Registro Civil.

Neste particular o autor Welter (2004, p. 68) entende que:

> Portanto, no Brasil, desde o texto constitucional de 1988, a finalidade da família é a concretização e a (re)fundação do amor e dos interesses afetivos entre os seus membros, pois o afeto, como demonstram a experiência e as ciências psicológicas, não é fruto da origem biológica. Significa dizer que, atualmente, promove-se a (re)personalização das entidades familiares e o cultivo do afeto, a solidariedade, a alegria, a união, o respeito, a confiança, o amor, um projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Sendo claro que entendimento aqui externado se choca frontalmente contra o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, vem fundado no texto constitucional, art. 227, *caput.* Há, pois, razão jurídico-social para englobar a manifestação consensual ou judicial da paternidade e da maternidade socioafetiva, nos exatos termos deferidos à filiação sangüínea, garantindo a igualdade com a filiação sociológica e a finalidade do instituto da adoção, que é acolher a criança e o adolescente em uma família socioafetiva (WELTER, 2004).

Sendo que parte da doutrina discorda desta tese, afirmando que, para o nascimento da relação paterno-filial na filiação afetiva, é *condictio sine qua non* o trâmite de processo de adoção, no qual devem ser aferidas e confirmadas as reais vantagens ao adotando, estágio de convivência ou a demonstração de que já convivem adotantes e adotando durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da formação do laço, com efetiva participação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Além disso, é dito que, sem processo, pode ser estimulado o tráfico de crianças e adolescentes, assim como o reconhecimento da paternidade por uma série de pessoas que apresentem impedimentos estabelecidos em lei para adotar (WELTER, 2004).

Sendo que esta vertente está baseada em direitos fundamentais regidos pela Constituição Federal e pelos princípios da cidadania e da dignidade humana, por isso, seriam inferiores ao Código Civil e ao ECA, considerá-los mais do que nossa Lei Maior, acarretaria numa preterição do texto constitucional.

3.2 O ALCANCE DO ARTIGO 1.593 DO CÓDIGO CIVIL

No ato de aplicar a lei, deve o intérprete buscar o contexto da norma em consonância com as peculiaridades do caso concreto. Então, com o resultado da junção da hermenêutica jurídica com a lógica do razoável, encontrará a conclusão que melhor se adequará que corresponda à efetiva aplicação da lei e atenda ao anseio de justiça.

Conforme o artigo 1.593 do Código Civil de 2002: O parentesco é

natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem. A expressão "ou outra origem" tem a mesma natureza de tantas outras que caracterizam o novo Código Civil, onde se encontram inúmeras expressões de conteúdo jurídico indeterminado que desafiam o intérprete para definir o seu alcance.

Neste sentido o autor Lourival de Serejo Sousa (2006, p. 01) expõe que:

> Nem se pode argumentar alegando que a expressão "outra origem" significa somente adoção, como constava da redação original do artigo. No momento em que foi substituída pelo legislador, pretendeu-se que a nova redação tivesse uma abrangência maior que a adoção, para alcançar também os filhos da reprodução heteróloga, os filhos de criação etc.

É sabido que a afetividade afirmou-se hoje como o paradigma do amor autêntico que orienta todas as questões de Direito de Família. No mesmo sentido o referido autor afirma que:

> Em relação aos filhos de criação é coerente afirmar-se que se trata de um parentesco socioafetivo, devendo esta idéia de afetividade abrigar-se na expressão "outra origem" do art. 1.593, do Código Civil. Ao juiz caberá concretizar essa norma, com fundamento nos princípios constitucionais e nos valores sociais da comunidade.(2006, p. 02)

A doutrina tem contribuído muito bem para a elucidação da mensagem legislativa do art. 1.593, no que se refere ao alcance da idéia de parentesco. Paulo Luiz Netto Lobo (2006, p. 01) entende que "constituem parentescos de 'outra origem' os parentescos por afinidade e por adoção."

Conforme entendimento de Serejo (2006, p. 01) pode afirmar que Leite deparamo-nos com esta conclusão mais aberta, que se direciona para nosso propósito:"Tem-se, assim, no art. 1.593 do novo Código Civil, elementos para a construção de um conceito jurídico de parentesco em sentido amplo, no qual o consentimento, o afeto e a responsabilidade terão papel relevante, numa perspectiva interdisciplinar".

Lourival Serejo de Souza (2006, p. 1) também fundamenta neste mesmo sentido com a opinião de civilistas de todo país:

> Em novembro de 2004, civilistas de todo o país, reuniram-se no auditório do STJ para estudo do atual Código Civil e, ao final do encontro, emitiram enunciados, dentre os quais um referente ao artigo 1593, de autoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos (TJ-RS), com a seguinte redação: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Esse enunciado consolidou o entendimento que alcança a pretensão buscada por este estudo.

A jurisprudência, contrapondo o sistema codificado, demonstrou a preocupação com a verdade sociológica da filiação, não seguindo os rigores da verdade jurídica imposta pelo legislador. Desta maneira, começou paulatinamente, a recolher no mundo dos fatos, subsídios para buscar-se a comprovação da filiação, os quais não estavam previstos no ordenamento pátrio.

Essas circunstâncias reveladas pela convivência estreita e continuada, constituem os elementos do que se denominou de posse de estado de filho. Inicialmente, a jurisprudência brasileira teria atribuído à posse de estado de filho um papel de prova subsidiária da filiação, quando de uma ação de investigação de paternidade, para tentar provar-se a filiação. Entretanto, esboça-se, a partir das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma perspectiva maior que pode valorizar o elemento afetivo da filiação como um elo garantidor do interesse superior da criança.

A decisão abaixo do Tribunal de Justiça do Paraná vem reafirmar esse entendimento, na apelação Nº 342.796-7, da comarca de arapongas, através:

> EMENTA:
> APELAÇÃO CRIME - FURTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELITO PATRIMONIAL - ESCUSA ABSOLUTÓRIA - FILHA "DE CRIAÇÃO" - FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA - PARENTESCO CIVIL CARACTERIZADO - EXEGESE DOS ARTS. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL, 181, II DO CÓDIGO PENAL E 227,

> § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - EXCLUSÃO DA PUNIBILIDADE SOMENTE DA RÉ (ART. 183 DO CP) - INEXISTÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO - SÚMULA 146 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PENA INFERIOR A UM ANO - PRESCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 109, VI E 110, § 1º DO CÓDIGO PENAL - DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A DOIS ANOS ENTRE A DATA DA PRÁTICA DO DELITO E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - PRESCRIÇÃO RETROATIVA - EXCLUSÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA RÉ E DO RÉU, RESPECTIVAMENTE - RECURSO PREJUDICADO. (grifei)

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado do filho (Enunciado 103 do CEJ).

A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil (Enunciado 256 do CEJ).

A jurisprudência acima reforça o pensamento que através da interpretação extensiva pode-se fundamentar o reconhecimento da adoção de fato.

Acerca desse tema a autora Sidamaia Quevedo Vedoi (2004, p. 01) leciona que:

> [...] o que transformou a idéia de família legítima foi a atual Constituição, que abrangeu, além da família fora do casamento e a igualdade entre os cônjuges, proibiu qualquer tratamento discriminatório aos filhos independendo de sua origem. Outrossim, as normas constitucionais consolidaram o afeto como elemento fundamental no estabelecimento da filiação e formação da família, pois como trata o assunto Fabrício Silveira Barros a Constituição Federal, mudou os conceitos de família então vigentes, passando a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação. Acrescentado ainda que a atual Constituição não se funda no elemento biológico na família, ao contrário,

> seu fundamento é amplo, sem restrições de constituição, protegendo a família que se une em comunhão de afeto (grifei).

Corroborando esta mesma linha de pensamento o autor Welter, citado pela jurisprudência suprareferida, expõe que:

> Essa filiação originada no afeto denomina-se socioafetiva, sendo a adoção, bem como o "filho de criação" espécies dela derivadas, e segundo Belmiro Pedro Welter, compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho efetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida "adoção à brasileira", afirmando ainda que a filiação afetiva também ocorrem naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, desvelando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, "cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família cujo vínculo probatório é o afeto".

Sendo importante frisar que o filho de criação é o filho adotivo de fato.

A decisão do TJPR/APELAÇÃO nº 342.796-7 continua seu fundamento da seguinte forma:

> Não discrepa Luiz Edson Fachin ao asseverar que se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade. [...] Nesse sentido, confiram-se, respectivamente, os Enunciados 103 e 256, aprovados pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ - apud, Theotonio Negrão, 1.593:2, p. 330):
> O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de

> parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado do filho.(grifei)
> A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

O parentesco socioafetivo tem sido reconhecido também pela jurisprudência:

> RECURSO ESPECIAL. FILHA DE CRIAÇÃO DE MILITAR, FORMALMENTE ADOTADA PELA VIÚVA APÓS O FALECIMENTO DE SEU ESPOSO. DIREITO À PENSÃO APÓS A MORTE DA MÃE ADOTIVA. 2 . A Carta Magna conferiu maior abrangência ao mencionado dispositivo, intensificando a proteção à família e à filiação e repelindo quaisquer formas de discriminação advindas dessas relações. 3. Na hipótese em apreço, restou sobejamente demonstrado que a ora Recorrida ostenta a condição de filha do de cujus, tendo a sua adoção pela viúva apenas formalizando uma situação de fato preexistente. Por essa razão, preenche a autora os requisitos legais para que lhe seja deferido o benefício pleiteado (STJ, RESP 370067/RS, Min. Laurita Vaz, DJ. 05/09/05).

Segue abaixo outra decisão favorável ao mesmo tema:

> FILIAÇÃO. PATERNIDADE JURÍDICA. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA. 2. A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO EM NOSSO DIREITO QUANTO A PATERNIDADE SOCIOLÓGICA, A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A CRIANÇA (ART. 227, CF), ASSIM COMO A DOUTRINA DA INTEGRAL PROTEÇÃO CONSAGRADA NA LEI 8.069/90 (ESPECIALMENTE NOS ARTS. 4 E 6), É POSSÍVEL EXTRAIR OS FUNDAMENTOS QUE, EM NOSSO DIREITO, CONDUZEM AO RECONHECIMENTO DA

> PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA, REVELADA PELA "POSSE DO ESTADO DE FILHO" COMO GERADORA DE EFEITOS JURÍDICOS CAPAZES DE DEFINIR A FILIAÇÃO (TJRS, Agravo de Instrumento nº 599296654, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

Baseando-se nesses fundamentos, o julgador, está amparado a decidir sobre a procedência do pedido de reconhecimento da existência da família sócio-afetiva ou de adoção póstuma, se assim requerem os interessados, alicerçado ainda nos fundamentos de direito civil, constitucional e da hermenêutica jurídica.

Acerca dos dois posicionamentos que podem vir a fundamentar o pedido de adoção de fato, pode-se afirmar que os mesmos apresentam elementos significativos para basear o referido tema, de um lado a visão absolutamente inovadora sobre a desnecessidade do processo de adoção, subsidiado por uma interpretação extensiva da Carta Magna brasileira, do outro uma segunda ótica do art. 1593 do atual Código Civil, subsidiando-se em critérios hermenêuticos de razoabilidade, do reconhecimento dos laços de sangue e de afeto para se configurar o estabelecimento de uma família socioafetiva, baseando também em princípios constitucionais asseguradores do direito de família.

Por fim, pode-se afirmar que a vertente que mais se coaduna com a realidade seria a do art.1593, tendo em vista o formalismo da lei brasileira, a adoção de fato seria melhor regulada se fosse interpretada dentro deste artigo, uma vez que já existem enunciados favoráveis ao tema, diferentemente do outro posicionamento, que se revela importante, mas que ainda precisa ser melhor delineado, ou melhor, amadurecido de forma mais prudente, para que não se corra o risco de colocar em perigo a adoção judicial, possibilitando que qualquer pessoa, mesmo que impedida, possa adotar.

4 DA ADOÇÃO DE FATO PÓSTUMA

A adoção póstuma foi garantida a partir da Constituição Federal de 1988, sendo hoje prevista tanto pelo ECA como pelo Código Civil. O art. 42, § 5º do Estatuto menorista que assim estabelece que: "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."

Nesse mesmo sentido andou o Código Civil ao dispor, em seu art. 1628 que:

> Art. 1628 - Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante. (grifei).

Os efeitos do reconhecimento da adoção de fato póstuma são os mesmos efeitos da adoção judicial póstuma, tendo em vista que as duas têm o mesmo objetivo, reconhecer o desejo dos pais sócioafetivos em adotar, diferindo somente quanto a comprovação da manifestação inequívoca de adotar.

Sendo que, em regra, na adoção judicial póstuma, já havia um procedimento de adoção em andamento, ao tempo do falecimento do pretenso adotante, conforme tal posicionamento:

> [...] bastará inequívoca manifestação de vontade do adotante para que o processo, apesar da morte do autor, prossiga até seu termo, com o julgamento do mérito. Basta que a ação tenha sido proposta antes da morte do autor, para que se tenha tal iniciativa como manifestação expressa de sua vontade (BORDALLO, 2006, p. 234).

Já na adoção póstuma a questão vai mais além, como se pode verificar através do posicionamento de Cruvinel (2006, p.1):

> Com efeito, em que pese a legislação referir-se a falecimento " no curso do procedimento", a prática tem mostrado que, em muitos casos, apesar de inequívoca manifestação de vontade, o adotante em tese falece antes da propositura da ação de adoção. Nesse caso, havendo ajuizamento de posterior ação de adoção, compete ao Juiz sentenciante, no nosso sentir, uma interpretação teleológica do artigo em comento, não podendo o julgador, nesse caso, ater-se apenas ao texto frio da lei.

Ocorrendo que, mesmo não havendo iniciado tal procedimento de ado-

ção, vez que para os interessados a família sócio-afetiva era fato já reconhecido por eles e pela sociedade, poderá haver uma necessidade imperiosa para outras questões da vida civil, tendo que proceder a regularização (FRAUSINO, 2006).

Acontece que, nessa interpretação, o julgador deverá atentar para os fins sociais a que se destina a lei, sobrepondo os interesses do menor preterindo de qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado, conforme norma cogente expressa no art. 6º do ECA:

> Art. 6º - Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Certamente, tal dispositivo legal foi baseado no art. 5º do Decreto-lei n. 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil, que, igualmente, dispõe que: " Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Neste sentido, é possível compreender que a ação de adoção, ajuizada após o falecimento do adotante, pode e deve lograr êxito conforme comprovação das provas fáticas produzidas dentro dos autos.

> [...] A adoção póstuma poderá ser deferida mesmo à falta de procedimento instaurado antes da morte do adotante? [...] Pela letra da lei, não [...] No entanto, malgrado os termos da lei, entendemos possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo à falta de procedimento instaurado antes da morte do adotante [...] após uma análise mais acurada do assunto, passamos a entender que o indeferimento da adoção pelo simples fato de o adotante não ter formalizado em juízo o pedido de adoção atentaria contra o art. 1º do ECA. É deste teor o dispositivo em epígrafe: 'Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente" (o destaque é nosso). Ora, se o Estatuto da Criança e do Adolescente quis dar proteção integral à criança e ao adolescente, não faria o menor sentido impedir o deferimento da adoção póstuma, sob o argumento de que o adotante, em vida, não manifestara perante os órgãos da Justiça o desejo de adotar uma criança ou um adolescente.

> [...] ' Certamente que haverá uma elasticidade interpretativa em face da doutrina da proteção integral. Acreditamos que uma prova inequívoca da manifestação da vontade, por documentos, testemunhas, etc, valerá como fundamento para deferir-se o pedido' [...] Assim, em conclusão, perfilhamos a opinião de que, mesmo à falta de procedimento instaurado, a adoção póstuma poderá ser deferida. Basta que o adotante tenha manifestado em vida, de maneira inequívoca, a vontade de adotar determinada criança ou adolescente (SILVA apud CRUNIVEL, 2006, p. 1).

A ação judicial é o meio adequado para a adoção póstuma, que se concretiza por sentença declaratória constitutiva, tendo, via de regra, efeitos retroativos à data do óbito quando já havia procedimento de adoção em andamento.

Quanto à legitimidade para requerer o reconhecimento da adoção de fato póstuma, na situação em que o menor permaneça com o pai, *latu sensu*, adotivo de fato sobrevivente, este seria o responsável em representá-lo no pedido e nas situações onde o menor ficar desamparado caberia ao Ministério Público providenciar o reconhecimento. Sendo por analogia, o direito à adoção póstuma também é assegurado aos maiores.

O que se deve combater nesses casos é o formalismo exacerbado por tratar-se de questão de fato, dando assim, guarida aos princípios constitucionais. Para fundamentar melhor esse tema é necessário recorrer aos pilares da analogia, neste sentido Frausino (2006, p. 01) afirma que:

> De certo modo tudo no direito se refere à interpretação. Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. E a interpretação, que não é só das leis em sentido amplo, mas também dos fatos, sofre decisiva influência dos pressupostos em que se apóia.

Buscando-se clarificá-los, a primeira providência a tomar consiste em ver o direito dentro do processo histórico global, se não quiser perder de vista a sociedade, onde, como proclamava Ehrlich, hoje como em qualquer tempo, situa-se o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico.

Quanto aos seus efeitos de uma adoção póstuma de fato pode-se afir-

mar que são: o reconhecimento da filiação, como também a garantia dos seus direitos sucessórios podendo vir a participar do espólio em sede de igualdade perante os outros participantes:

> Ocorre que, excepcionalmente, entendemos ser admissível os efeitos ex tunc também nos casos em que não havia procedimento de adoção em andamento, desde que público e notório a efetiva intenção do adotante em se ver como pai ou mãe, demonstrada explicitamente diante da sociedade e por esta aceita e reconhecida. É o caso em que todos conhecem o adotando como o filho da Srª e do Sr. fulano de tal, em que estes se apresentam como pais nas festinhas de aniversários, na escola, na primeira comunhão, na crisma, nas formaturas, nos casamentos, enfim, em todos os momentos da vida do adotando (FRAUSINO, 2006, p. 1).

Sendo dois os principais efeitos do reconhecimento adoção de fato: os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais. Quanto aos efeitos pessoais se subdivide em dois: o primeiro seria atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres inerentes a condição de filho, o segundo seria a quebra do poder familiar, do vínculo biológico, através da mudança da origem familiar na certidão de nascimento do adotado. Já no que concerne aos efeitos patrimoniais, destaca-se o direito sucessório (OLIVEIRA, 2001).

Nestes termos, também já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, in verbis*:

> EMENTA: ADOÇÃO. ADOÇÃO JÁ DEFERIDA À MULHER VIÚVA. PEDIDO POSTERIOR PARA AVERBAÇÃO, NO ASSENTO DE NASCIMENTO DA CRIANÇA, NO NOME DO FALECIDO MARIDO, COMO PAI. CASAL QUE JÁ DETINHA A GUARDA ANTERIORMENTE. FALECIMENTO OCORRIDO ANTES DE TER INÍCIO O PROCESSO JUDICIAL DE ADOÇÃO. É CERTO QUE O PROCESSO JUDICIAL DE ADOÇÃO NÃO HAVIA AINDA TIDO INÍCIO QUANDO DO FALECIMENTO DO MARIDO DE GUIOMAR. ENTRETANTO, É CLARO QUE O "PROCESSO" SOCIAFETIVO DE ADOÇÃO JÁ TIVERA

> INÍCIO, VISTO QUE O CASAL DETINHA A CRIANÇA SOB SUA GUARDA E A APRESENTAVA COMO FILHO NA SOCIEDADE, O QUE RESTOU ESTAMPADO NA CIRCUNSTÂNCIA DE A TER LEVADO A BATISMO NESSA CONDIÇÃO. NEGAR, AGORA, QUE NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DE SAMUEL VENHA A CONSTAR O NOME DO PAI, APENAS PELO FATO DE QUE A FATALIDADE VEIO A RETIRAR-LHE PRECOCEMENTE A VIDA (FALECEU COM 47 ANOS), ANTES QUE PUDESSE IMPLEMENTAR A ADOÇÃO, E ATER-SE A UM FORMALISMO EXARCEBADO É INCOMPATÍVEL COM O NORTE CONSTITUCIONAL QUE MANDA SOBRELEVAR OS INTERESSES DA CRIANÇA. DERAM PROVIMENTO. (6FLS) (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70003643145. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Comarca de Origem: São Luiz Gonzaga. Julgado em 29/05/2002). O Colendo Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, decidiu nos seguintes termos. 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 art. 42, § 5º, do ECA.

Recurso conhecido e provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Proferiu parecer oral a digna representante do Ministério Público Federal, Dra. Cláudia Sampaio Marques. (RECURSO

ESPECIAL: 2002/0104623-0 (457635 / PB). Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: 4ª Turma. DJ 17.03.2003 p. 238. RJADCOAS vol. 46 p. 53. RT vol. 815 p. 225).

Desta forma, a interpretação extensiva do § 5º do art. 42 do ECA pode ser levada a efeito, sempre que se comprovar que a adoção pretendida tem embasamento em inequívoca manifestação de vontade, ainda que não ajuizada a ação a tempo e morto o pretenso adotante. Para fundamentar, o interessado poderá valer-se de todos os meios de provas admitidas em Direito, não se descartando, inclusive, da produção de prova testemunhal (CRUNIVEL, 2006).

Vale salientar que os efeitos da adoção póstuma não são só patrimoniais, mas civis, para que não ocorra a negação do direito de se ter uma família, mesmo que através de mecanismos artificiais/legais, no sentido de garantir aos seus integrantes a dignidade e o orgulho de se dizerem membros de uma família, ainda que seja apenas de natureza sócio-afetiva.

Observa-se, portanto, que é bastante para a admissão da ação a prova de que o adotante, em vida, pretendia formalizar a adoção. Mas, para deferimento do pedido, não poderá o julgador olvidar as demais exigências da lei, em especial as do art. 43 do ECA, que coloca como *conditio sine qua non* para o deferimento da adoção estar esta edificada em motivos legítimos e apresentar reais vantagens para o adotando (CRUNIVEL, 2006).

5 CONCLUSÃO

A lacuna quanto ao reconhecimento póstumo dos filhos adotivos de fato é notória pela legislação brasileira, tendo em vista que a mesma não faz menção expressa ao reconhecimento da posse de estado de filho, como elemento definidor da adoção de fato. Apesar disso, a ciência do direito, que tem por fim maior a justiça, não pode eximir-se de reconhecer que a adoção de fato é uma realidade a qual não pode ficar a margem do direito positivado, tendo em vista os danos acarretados por este tipo de descaso.

Sendo válido ressaltar que as notáveis mudanças no direito de família, originadas do texto constitucional, tiveram como principal objetivo à integração de pessoas no meio parental, trazendo a igualdade entre os filhos, incluindo os de

origem afetiva e possibilitando assim, que o afeto torne-se também um fundamento da adoção de fato.

O principal meio para se buscar este reconhecimento na forma judicial seria um pedido de reconhecimento de filiação de fato, ou de reconhecimento de adoção de fato com conjunto probatório motivado nos requisitos da posse de estado de filho.

Para subsidiar tal pedido de reconhecimento deve-se buscar a função social da lei, através da interpretação extensiva do art. 1593 do Código Civil, podendo se afirmar que, por meio da posse de estado de filho comprovada, seria possível o reconhecimento do parentesco civil através da adoção de fato, assim como a sua modalidade póstuma, embasando-se também, nas decisões favoráveis já existentes neste sentido, assim como enunciados e entendimentos de alguns doutrinadores citados no texto.

Por fim, constata-se que o tema ainda necessita de ser mais discutido e aprofundado pelos juristas, no sentido de melhor delinear o reconhecimento da adoção de fato póstuma, atentando sempre para a veracidade das provas, buscando assegurar a configuração dos seus principais efeitos que estão ligados à geração dos direitos civis e sucessórios dos filhos adotivos de fato.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. IN: MARCIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 3-11.

ANDERLE, Elisabeth Nass. A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>. Acesso em: 24 out. 2006.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MARCIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

BRASIL. **Código civil:** Lei, n.º 10.406, de 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei, n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL**.** Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 370067/RS.** Relatora: Min. Laurita Vaz . Julgado em: 05 set.2005.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos Contornos do Direito da Filiação:** a dimensão afetiva das relações parental. Disponível em: <http://www.direitodafamilia.net>. Acesso em: 10 jan. 2007.

BRUNO, Denise Duarte. **Posse do Estado de Filho**: Direito da família. Disponível em: <http://www.direitodafamilia.net> Acesso em: 10 jan. 2007.

BURTED, Tiago Machado; Paiva, João Pedro Lamana. **Adoção judicializada**: registro e averbação, mp.rs, Santa Catarina/RS, 2006. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id236.htm>. Acesso em: 13 nov. 2006.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen (Coords.) **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

CRUVINEL, Esther Dias. **Adoção Póstuma**. Defensoria-df. Disponível em:<http://www.defensoria.df.gov.br/artigos/Adocao_postumas.htm>. Acesso em: 12 jan. 07.

ESTADO DO PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. AP. Cível nº 342.796 – 7ª Cam. Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. AP. Cível nº 70003643145 – 7ª Cam. Cível – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 29 maio 2002.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. AG de Inst nº 599296654 – 7ª Cam. Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

FRAUZINO, Marivaldo Cavalcante. Adoção de fato e a família sócio-afetiva. **Universo jurídico,** Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2532>. Acesso em: 13 set. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e Direito à origem genética**. Direito da família, Disponível em:<http://www.direitodafamilia.net >. Acesso em:13 set. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e a verdade real**. Direito da família, Disponível em:<http://www.direitodafamilia.net > Acesso em 13 set. 2006.

MOREIRA, Elio Raymundo. **Proteção Jurídico-Social**: A distância entre o marco legal e a plena efetivação do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. Institutório. Disponível em: <http://www.institutorio.org.br/artigos/artigo03.doc.>. Acesso em 04 dez 2006.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente***:* aspectos teóricos e práticos. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2006.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de; RIBEIRO; Flávio Luís S., Adoção internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 220, 12 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4819>. Acesso em: 21 nov. 2006.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PINTO, Flavia Ferreira. Adoção por homossexuais. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>. Acesso em: 21 nov. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de janeiro: Forense, 1996, v.5.

RIBEIRO, Alex Sandro. A adoção no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3302>. Acesso em: 18 dez. 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil:** Direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; CURY, Munir. Comentando o ECA. **Risolidária.** Disponível em: <http://www.risolidaria.org.br/vivalei/ent_eca/view_coment.jsp?id=200404260018>. Acesso em: 04 dez. 2006.

SOUSA, Lourival de Serejo. Filhos e irmãos de criação: parentesco por afetividade e sua repercussão no Direito Eleitoral. **Paraná Eleitoral**, Paraná, a. 4, n. 57. Disponível em:< http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=209>. Acesso em: jul. 2005.

TARTUCE, Flavio. Novos princípios do Direito de Família Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link= revista_artigos_leitura&artigo_id=1036>. Acesso em: 14 set. 2006.

VEDOI, Sidamaia de Quevedo. Filiação sócioafetiva*:* O elemento afetivo como critério para a definição da filiação**. Âmbito Jurídico**, Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=551> Acesso em 14 set. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 2. ed. São Paulo: editora Atlas, 2004. v. 6.

VENTURA, Deisy. **Monografia jurídica***:* uma visão prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.