

# ADOÇÃO PÓSTUMA SEM MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA

**Sérgio Caetano de Oliveira**

Graduado em Direito pelo UNIFOR-MG

**Altair Resende de Alvarenga**

Docente do curso de Direito do UNIFOR-MG

## RESUMO

Adoção, uma total disparidade entre o que era concebido na Antiguidade para o que hodiernamente se entende por ela. Tal dicotomia, como será visto, reflete bem a mutabilidade constante que o Direito sofre. A adoção se subdivide em algumas modalidades com características próprias, podendo citar a adoção singular, aquela em que é deferida a uma única pessoa, tem-se a adoção conjunta, que pelo próprio nome diz, é outorgada a um casal, entretanto, há peculiaridades que serão abordadas no desenvolver do artigo, e também a adoção "à brasileira", consistente nos casos em que o adotante "pega" o filho de outrem, o leva ao Cartório competente e o registra como sendo seu. Outra modalidade de adoção que motiva a elaboração do presente artigo é a adoção póstuma, tal é contida expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 42, § 6º, com redação dada pela Lei nº 12.010/09, em que exige a observância de dois requisitos: *inequívoca manifestação de vontade se vier a falecer no curso do procedimento da propositura da ação*. Em face desses requisitos, se insere a Teoria da Desbiologização da Paternidade a fim de dar elasticidade ao contido na legislação menorista. Tal tema se mostra controverso na doutrina e jurisprudência, razão pela qual merece ser analisado cuidadosamente.

**Palavras-chaves:** Adoção. Família. Teoria da Desbiologização da Paternidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar sobre o instituto da adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial prévia.

Será realizada, primeiramente, uma análise sobre o que vem a ser o instituto da adoção no ordenamento jurídico, passando desde sua concepção na Antiguidade até a conceituação utilizada hodiernamente, dando ênfase para sua mutabilidade constante.

Sequencialmente serão mostradas ao leitor algumas modalidades de adoção existentes no ordenamento jurídico pátrio, lembrando que tais exemplos tratados serão apenas exemplificativos, não sendo o objetivo esgotar as modalidades existentes.

Posteriormente, será feita uma análise da Teoria da Desbiologização da Paternidade de autoria de João Baptista Villela, a qual se apresenta como o elo entre a previsão legal da adoção póstuma, contida no artigo 42 § 6º da Lei nº 8.069/90 e a adoção póstuma idealizada.

Ao abordar sobre o que vem a ser a adoção póstuma, será demonstrada sua regulamentação legal, constante no Estatuto da Criança e do Adolescente e, juntamente com a teoria da Desbiologização da Paternidade, apresentar à comunidade jurídica a possibilidade de elasticidade

da adoção póstuma contida no Estatuto, surgindo daí a adoção póstuma sem manifestação judicial prévia.

Ao final, será ilustrada através de posicionamentos diversos da doutrina e jurisprudência, a adoção póstuma sem que tenha havido, por parte dos pretensos adotantes, manifestação judicial prévia.

## 2 ADOÇÃO

Para iniciar a compreensão sobre adoção, é relevante frisar que trata de instituto dos mais antigos e integrantes dos costumes<sup>1</sup> de quase todos os povos. Assim, se percebe que a conceituação de adoção sofre mutabilidades constantes, variando de acordo com a época e as tradições. (GRANATO, 2009)

Ao fazer o estudo da adoção, é cristalina a constante mudança que tal instituto suporta desde a Antiguidade, época onde era utilizada para fins religiosos, na medida em que visava perpetuar o culto doméstico dos antepassados. (SILVA FILHO, 2009)

Com o passar dos tempos e com a evolução do direito das famílias, houve uma verdadeira revolução do sentido do instituto. Maria Berenice Dias (2009, p. 434) em feliz colocação aduz que "a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade". Luiz Edson Fachin<sup>2</sup> *apud* Maria Berenice Dias (2009, p. 434) arremata argumentando que "trata-se de modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção."

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

Diferentemente do seu objetivo na Antiguidade, que, como dito anteriormente, visava à perpetuidade do culto doméstico.

Nestes termos é de bom alvitre enfatizar a importância que a Constituição da República de 1988,<sup>3</sup> com sua relevante evolução no direito de família, deu ao instituto da adoção, mormente, face à igualdade dada aos filhos, independentemente da origem biológica.

---

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

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

3 Art. 227 § 6º - 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.

Atualmente, não cabe mais falar em "filho adotivo", mas em "filho por adoção" (BERENICE, 2009). A adoção confere ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, fazendo com que este desligue dos laços familiares que tinha com seus pais biológicos.<sup>4</sup>

### **3 MODALIDADES DE ADOÇÃO**

Primeiramente, antes de adentrar no tema central, mister apresentar, ainda que sinteticamente ao leitor, sobre algumas das modalidades de adoção constantes no ordenamento jurídico pátrio.

#### **3.1 Adoção singular**

Dentre os diversos tipos de adoção existentes, se encontra a figura de adoção que mais ganha espaço nos tribunais: a adoção singular, sendo aquela em que o pedido é feito por apenas uma pessoa, com previsão legal no art. 42, *caput*, do ECA.

Para caracterização dessa modalidade, basta lembrar-se da família monoparental, aquela em que o indivíduo, até então vive sozinho e busca na adoção a possibilidade de constituir família.

#### **3.2 Adoção conjunta**

Concernente à adoção conjunta, esta será outorgada a adotantes casados civilmente ou que mantenham união estável, e que comprovem a estabilidade da família, conforme disposto no art. 42 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, ainda sobre a adoção conjunta, no § 4º do artigo em comento, o legislador deu elasticidade ao deferimento, podendo ainda ser concedida a adoção conjunta, excepcionalmente, aos divorciados, aos judicialmente separados e aos ex-companheiros, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas.

Caso seja possível a concessão da adoção nos termos supramencionados, deve ser observado que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da

---

4 Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

guarda, que justifique a excepcionalidade da adoção. Referida guarda poderá ser deferida na modalidade compartilhada, desde que fique demonstrado efetivo benefício ao adotando.

### **3.3 Adoção "à brasileira" ou afetiva**

Conforme demonstra Maria Berenice Dias: “há uma prática disseminada no Brasil - daí o nome eleito pela jurisprudência - de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente. (DIAS, 2009, p. 444).

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

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

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

Como exemplificado, fica claro o receio que os pretensos adotantes têm, vindo a assumir um risco em praticar ato que o ordenamento jurídico tipifica como crime.<sup>5</sup> Ainda que tal ato constitua crime, como bem salientado por Maria Berenice Dias (2009, p. 444) "não havido condenações, pela motivação afetiva que envolve sua prática."

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

Estas são algumas das modalidades de adoção existentes no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo objetivo do presente trabalho esgotá-las, mas tão somente exemplificar aquelas que são as mais frequentes abordadas pela doutrina.

## **4 TEORIA DA DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE**

Essa teoria, extremamente vanguardista à época de sua elaboração, será a chave que abrirá todo o sentido que busca o presente trabalho. Ao falar de paternidade socioafetiva, não há como se

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

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

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

Destarte, é de se admitir a paternidade àquele que efetivamente exerceu a função de pai, e não àquele que exerce a função apenas de gerador.

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

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

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

Com a efetiva valoração do afeto nas relações familiares, constata-se que a paternidade não necessita exclusivamente da relação biológica entre pai e filho. Paulo Luiz Netto Lôbo (2006) no mesmo sentido aduz que "toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica, em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies, a paternidade biológica e a paternidade não-biológica."

Em referência à evolução pelo qual as famílias passam, João Baptista Villela, dá significativa contribuição para explicação disso, assim se expressando:

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

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

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

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

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

## 5 ADOÇÃO PÓSTUMA

Trata-se de modalidade de adoção não inserida em capítulo anterior por ser o cerne do presente trabalho, portanto nada mais apropriado que lhe dedicar um capítulo próprio para fazer seu devido estudo.

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

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

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

---

<sup>6</sup> Assim dispõe o Art. 42: A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

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

No que tange ao segundo requisito, existência de procedimento instaurado, será realizado posteriormente, uma conjugação entre a teoria da Desbiologização da Paternidade com a norma legal disciplinada no Estatuto, a fim de que, mesmo com a ausência de procedimento instaurado perante o Poder Judiciário, haja o deferimento do pedido, como dito anteriormente, desde que em vida, o adotante tenha manifestado de maneira clara e inequívoca o desejo de formalizar a adoção.

Ao analisar esse modelo de adoção, se percebe que este é o ponto em que o Estatuto Menorista mais facilita a adoção, dando primazia ao interesse da criança. Vale lembrar que a doutrina adotada pelo Estatuto é a proteção integral à criança e ao adolescente.<sup>7</sup>

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

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

Fazendo uma interpretação gramatical<sup>8</sup> do citado parágrafo 6º do art. 42 do ECA, o intérprete chega à conclusão de que para a adoção ser concedida ao adotante, este deverá, necessariamente, já ter ingressado com o pedido junto ao Judiciário, vez que "o Estatuto restringiu o direito, exigindo que a ação esteja em andamento quando o adotante faleça." (COSTA, 2004, p. 95).

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

---

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

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

## 5.1 Adoção póstuma sem manifestação judicial prévia

O presente subitem é o cerne do presente trabalho e para que possa haver tal modalidade de adoção, necessário que seja elástica a compreensão da adoção póstuma contida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, buscar-se-á realizar uma conjugação da teoria da Desbiologização da Paternidade e a norma legal.

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

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

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

Portanto, para que seja dada fundamentação legal ao que idealiza o presente trabalho, será utilizado o permissivo legal do art. 42, § 6º da Lei nº 8.069/90, com redação dada pela Lei nº 12.010/09, combinando-o com a teoria cunhada pelo professor João Baptista Villela - Desbiologização da Paternidade, anteriormente explicada, agregando ao presente artigo, através de decisões de tribunais superiores, empregar justificativa para haver uma extensão da regra atinente à adoção póstuma, outorgando a possibilidade àqueles casos em que o falecimento de um dos pretensos pais - adotantes - ocorrer antes mesmo do ajuizamento da ação.

E para manter consonância ao Texto Constitucional, invoca-se a proteção integral às crianças e adolescentes contida no art. 227 da Constituição da República de 1988.<sup>9</sup> O artigo mencionado corrobora com aquilo que está sendo discutido, rechaçando qualquer restrição que possa vir a ser invocada, para afastar a possibilidade de deferimento de adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial prévia.

Essa possibilidade de deferimento da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia pode ser visualizada em casos como de casais que estão na iminência de formalizarem o pedido de adoção e um deles vem a ser acometido de acidente automobilístico fatal. Nesta situação hipotética, estaria correto privar aquele que, em vida, manteve o propósito de adotar uma criança que ostentava a condição de filho do casal? Aplicando a interpretação elástica do contido no art. 42, § 6º do ECA,

---

<sup>9</sup> Dispõe o art. 227 da CR/88 com a seguinte redação: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



conjugada com a paternidade socioafetiva que permeava aquele núcleo familiar, a resposta certamente seria: não.

Em situações concretas, Tarcísio José Martins Costa argumenta que:

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

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

Assim, seguindo os trilhos do professor João Baptista Villela (1980) que corrobora o estudo da desbiologização da paternidade, recomenda-se que se faça interpretação extensiva<sup>10</sup> do contido no artigo 42 § 6º da Lei nº 8.069/90.

João Baptista Villela descreve que:

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

A argumentação supra, apesar de ter sido realizada nos anos setenta, enquadra-se perfeitamente à contemporaneidade. O instituto da adoção reflete bem o que se pode entender de "paternidade afetiva" em que os adotantes, de forma voluntária, tomam para si a responsabilidade de satisfazer as necessidades do adotando por alimentos, cuidados, simpatia, suporte e estímulos. Estas necessidades suportadas pelos pais não biológicos fazem com que desperte naquele que é alvo dos cuidados, o sentimento de afeto.

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

Casos em que, desde que possível identificar a manifestação da vontade de adotar e da condição do estado de filho, *deve ser deferida a adoção ainda que o adotante tenha falecido antes do início da ação de adoção propriamente dita, visto que, na prática, o procedimento da adoção, efetiva e concretamente, iniciou-se antes mesmo da demanda judicial formal.* E a justificativa para essa interpretação é a relevância conquistada pelas relações socioafetivas que se instauram no seio familiar, *fazendo com que o rigorismo formal seja abrandado em face da prevalência dos interesses tutelados, quais sejam: o*

---

<sup>10</sup> Como bem observa Ferrara (2005, p. 44) “interpretação extensiva destina-se a corrigir uma formulação estreita formulada pelo legislador, sendo um dos meios capaz de produzir o desenvolvimento dos princípios jurídicos.”

*superior interesse da criança* e sua identidade enquanto filho dos pretensos adotantes, identidade essa que tem relação direta com sua personalidade e seu referencial de indivíduo na sociedade. Ou seja, a razão para esse alargamento da legislação positiva é a dignidade humana e a personalidade do adotado e também do adotante falecido, o qual tinha como verdadeiro filho a pessoa do adotado. (destaque nosso) (APELAÇÃO CIVIL nº 70022470298, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Rui Portanova, j. 15.05.2008).

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

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

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

Portanto, havendo a aplicação do contido no § 6º do art. 42 do ECA conjugado à teoria da Desbiologização da Paternidade, a qual prima pela paternidade socioafetiva, fortalecidos com a proteção integral da criança e do adolescente inserido tanto no ECA (art. 1º) quanto na Constituição da República de 1988 (art. 227), terá como resultado a possibilidade de adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, garantindo, assim, o reconhecimento formal daquela relação que se fundou, principalmente, no afeto recíproco entre pretense adotante, que veio a falecer antes do ajuizamento de ação, com o adotado, que teve aquele como seu pai.

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

### **5.3 Posicionamento doutrinário**

#### **5.3.1 Corrente contrária**

Para que se tenha noção da relevância de tal tema ao ordenamento jurídico brasileiro buscase colacionar ao presente trabalho alguns posicionamentos doutrinários sobre o tema. Nesse primeiro momento, serão mostrados aqueles doutrinadores que sustentam o deferimento da adoção póstuma somente quando há prévio processo judicial em curso.

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

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

José de Farias Tavares<sup>11</sup> *apud* Artur Marques da Silva Filho de forma didática, ao tratar do preceito, explica que:

talvez seja o ponto em que mais o Estatuto facilita a adoção, como medida por excelência de proteção integral à criança ou adolescente. Dá extraordinária legitimidade *post mortem* a quem falecer durante o curso do processamento judicial, antes da sentença. A superveniência da morte do adotante não frustra a adoção, que será deferida se o requerente manteve firme e expressa vontade de efetivá-la. (destaque nosso) (SILVA FILHO, 2009, p. 120, destaque nosso).

### 5.3.2 Corrente favorável

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

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

---

11 TAVARES, Jose Farias. Comentários ao ECA, p. 48.

Geraldo Claret de Arantes aduz que:

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

Como demonstrado acima, cediço é a possibilidade de haver a adoção póstuma observados os requisitos do contido no § 6º do art. 42 do ECA. Entretanto, o presente trabalho visa analisar o contido no parágrafo supramencionado sob um novo prisma, ou seja, interpretando-o extensivamente, fazendo uma conjugação da determinação legal com a teoria da "Desbiologização da Paternidade" do Professor João Baptista Villela (1980), possibilitando assim, a adoção póstuma sem que haja manifestação judicial prévia, dando com isso, primazia à paternidade socioafetiva e consequentemente primando pela doutrina adotada pelo ECA, qual seja, proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º).

#### **5.4 Aplicação prática da adoção póstuma**

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

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

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

Apelação Cível. Ação de adoção. Adoção póstuma. Declaração de vontade emitida em vida. Validade. Recurso não provido. 1. A adoção póstuma, prevista no art. 42, § 5º *do Código Civil de 2002*, é aquela que poderá ser deferida ao adotante que falecer no curso

*do processo. Todavia, a lei exige, para referida modalidade, a presença de prévia e inequívoca declaração de vontade. 2. Comprovado que o adotante, em vida e antes de ser acometido por doença, havia declarado a vontade no sentido de formalizar a adoção, deve a referida vontade ser respeitada. 3. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial. (APELAÇÃO CIVIL Apelação Cível nº 7 1.0056.04.068222-3/002 (1), numeração única: 0682223-14.2004.8.13.0056, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, rel. Caetano Levi Lopes, j. 09.06.2009) (destaque nosso).*

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

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

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

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

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

ADOCÃO. 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.* E 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" SOCIOAFETIVO 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 PRECOCAMENTE A VIDA (FALECEU COM 47 ANOS), ANTES QUE PUDESSE IMPLEMENTAR A ADOÇÃO, E ATER-SE A UM FORMALISMO EXARCEBADO E INCOMPATÍVEL COM O NORTE CONSTITUCIONAL QUE MANDA SOBRELEVAR OS INTERESSES DA CRIANÇA. DERAM PROVIMENTO. (APELAÇÃO CIVIL Nº 70003643145, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/05/2002) (destaque nosso).

Pelo contido na ementa supra, datado o julgamento de 29/05/2002, relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, precursor naquele tribunal da possibilidade de haver a adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial do pretense adotante, já se percebe claramente a intenção daquele tribunal em reconhecer tal modalidade de adoção, dando elasticidade ao permissivo contido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

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

Destarte, por todo exposto, percebe-se certa divergência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concernente à matéria aqui estudada, entretanto, para poder corroborar com a corrente concessiva da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia, mister que seja analisado

o julgamento do Recurso Especial 457635/PB, processo 202/0104623-0, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar em 19/11/2002, com os seguintes dizeres:

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

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

## 6 CONCLUSÃO

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

Procurou-se demonstrar, ainda que sinteticamente, a evolução histórica do instituto da adoção desde a Antiguidade onde se buscava dar perpetuidade ao culto familiar doméstico até os dias atuais, que se funda no afeto no seio das famílias.

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

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

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

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

Ressalte-se que o objetivo do presente artigo não foi outro senão questionar posicionamentos conservadores, atrelados à literalidade da lei, bem como propor uma reflexão visada à proteção da criança e do adolescente, fundada em uma conjugação de norma infraconstitucional, art. 42, § 6º da Lei nº 8.069/90, a uma tese vanguardista de João Baptista Villela, com amparo da Constituição da República de 1988, art. 227, o qual prima pela proteção integral da criança e do adolescente.

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

## REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: 1988.

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

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

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

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



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

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

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

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática com abordagem do Novo Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

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

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

\_\_\_\_\_, **Direito Civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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