

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESPÍRITO SANTO – UNESC

KÁTIA VÂNIA DA SILVA MARCOS

**A ADOÇÃO E A FILIAÇÃO EVENTUAL NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA**

COLATINA

2012

KÁTIA VÂNIA DA SILVA MARCOS

**A ADOÇÃO E A FILIAÇÃO EVENTUAL NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC, sob orientação da Professora Danielle Braun Calavotte Cozer, como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

COLATINA

2012

KÁTIA VÂNIA DA SILVA MARCOS

**A ADOÇÃO E A FILIAÇÃO EVENTUAL NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Espírito Santo – UNESC, para a obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA

Danielle Braun Calavotte Cozer, Professora do UNESC
Mestre em Políticas Públicas e Processo

Nota

AVALIADOR

Nota

Colatina, 28 de setembro de 2012

Dedico este trabalho a meus pais, que de forma muito compreensiva me apoiaram em todos os momentos desta longa caminhada: “Vocês são para mim um exemplo de vida, meu estímulo para prosseguir e espero um dia ter um pouco das virtudes que possuem”. Dedico também à minha amiga-irmã Silvana, que com sua paixão pela adoção inspirou-me a escrever sobre o tema e que pacientemente suportou minha ausência.

Agradeço a Deus, que tal qual um pai adotivo me acolheu e me amou sem se importar com minhas origens e defeitos. Obrigada Senhor. Agradeço também à professora Danielle, que me orientou, dando-me as diretrizes necessárias para a confecção deste trabalho.

“Adotar

*Adotar é doar,
Adoção é doação?
Adotar é amar incondicionalmente
Adoção é ver com o coração
Adoção não tem cara, não tem sexo, não tem
idade, não tem raça nem tem nome.
E qualquer defeito some
Adotar é ter paciência e também persistência
Adotar é gerar com o coração
Sentir a sementinha crescer aqui fora
E criar laços
Com a certeza que chegou a hora
A hora de ser verdadeiramente feliz”.*

Cristiane Fontes

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise dos reflexos da disposição testamentária no que diz respeito à filiação eventual tendo como parâmetros a adoção e o princípio da igualdade jurídica entre filhos. Faz-se um exame da origem e evolução do direito sucessório, ressaltando o momento da abertura da sucessão e suas consequências, bem como as espécies sucessórias previstas no ordenamento brasileiro, dando ênfase à sucessão testamentária. Procura-se ainda salientar a importância da filiação, analisando para tal fim a evolução da família no decurso do tempo. Busca-se demonstrar que o instituto da adoção está vinculado tanto ao direito sucessório, tendo aí sua origem, como também ao direito das famílias, tendo aí seu desenvolvimento. Ainda no que diz respeito à adoção, procura-se esclarecer com maior ênfase, através da verificação do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, quais as consequências jurídicas da mesma, especialmente no campo do direito sucessório. Por fim, faz-se menção aos diversos posicionamentos doutrinários que discutem a possibilidade de a disposição feita pelo testador alcançar também a prole oriunda da adoção.

Palavras-chave: sucessão, testamento, adoção, prole eventual, isonomia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DO DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	11
1.1 DA SUCESSÃO	11
1.1.1 Conceito	11
1.1.2 Evolução Histórica	12
1.1.3 Fundamentos do Direito Sucessório	15
1.1.4 Abertura da Sucessão e Transmissão da Herança	16
1.1.4.1 Princípio da <i>saisine</i>	17
1.1.5 Espécies de Sucessão	19
1.1.5.1 Capacidade de Testar e Adquirir por Testamento	22
2 A ADOÇÃO NO CONTEXTO FAMILIAR MODERNO	24
2.1 DA EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS	24
2.1.1 Da Filiação	32
2.2 DA ADOÇÃO	34
2.2.1 Conceito	34
2.2.2 Origem	37
2.2.3 Da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente	39
2.2.4 Da Adoção no Código Civil	40
2.2.5 Dos Requisitos	42
2.2.6 Do Procedimento	44
2.2.7 Dos Efeitos Jurídicos da Adoção	47
3 A ADOÇÃO NO CUMPRIMENTO DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA ACERCA DA FILIAÇÃO EVENTUAL	51
3.1 A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE FILHOS	51

3.2 DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA ACERCA DA FILIAÇÃO EVENTUAL	54
3.3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DA PROLE EVENTUAL SER FRUTO DA FILIAÇÃO CIVIL.....	57
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O direito civil brasileiro traz em seu bojo regras bem específicas no que diz respeito ao direito de sucessões, notadamente em relação às disposições testamentárias, traçando seus limites de abrangência, as condições necessárias e hipóteses para que as mesmas sejam válidas.

Um dos temas mais conflituosos envolvendo as disposições testamentárias, está relacionado à prole eventual, pois a lei, ao afirmar que é possível que o testador deixe seu patrimônio para filhos ainda não concebidos de pessoa por ele indicada, não deixou clara a origem destes filhos, de forma que num primeiro momento poderia se entender que o legislador conferiu tal possibilidade apenas para os filhos biológicos, excluindo assim os filhos adquiridos por meio da adoção. Porém, tal posicionamento entra em conflito com o Princípio Constitucional da Igualdade Jurídica entre os filhos, segundo o qual, não deve haver distinção entre os filhos, sendo todos portadores dos mesmos direitos.

Destarte, propõe-se aqui, analisar a origem e evolução do direito sucessório em relação à filiação, verificando assim a possibilidade de a herança deixada para a prole eventual alcançar os filhos obtidos através de adoção, bem como comparar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no que diz respeito aos direitos dos filhos adotivos em relação à herança deixada por disposição testamentária para a prole eventual.

Para que a análise a que se propõe o projeto obtenha êxito, a mesma será fundamentada no exame da Constituição Federal, leis infraconstitucionais, bem como em pesquisa bibliográficas, posicionamentos doutrinários e jurisprudência que abordem o tema em questão.

A proposição em destaque possui ampla relevância no esclarecimento pessoal e profissional, pois indica os efeitos sucessórios da adoção como cumprimento de deixa testamentária em favor de filiação eventual além de ser de amplo interesse da coletividade integrante de todos os entes políticos inseridos no Estado no sentido de prestar esclarecimentos sobre o que deve prevalecer: o princípio da isonomia entre irmãos ou a disposição infraconstitucional do princípio da autonomia de vontade. Para tal fim, será analisada a importância do direito sucessório no ordenamento

jurídico pátrio, o papel da adoção na família moderna, bem como seus reflexos nas disposições testamentárias referente à prole eventual.

1 DO DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

1.1 DA SUCESSÃO

1.1.1 Conceito

A palavra sucessão tem sua origem no vocábulo *sub cedere*, que em sentido *lato* significa tomar o lugar de outrem, tornado-se substituto na titularidade de seus bens (GONÇALVES, 2010).

Nas palavras de Silvo de Salvo Venosa, “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão” (VENOSA, 2010, p. 01).

Tal conceito pode referir-se a atos realizados em vida (*inter vivos*), como por exemplo, os atos previstos no direito das obrigações e das coisas, no qual há transferência de titularidade entre vivos ou também pode ser derivado ou estar relacionado à morte (*causa mortis*), na qual todos os direitos e obrigações que pertenciam à pessoa que morre são transferidos para seus herdeiros e legatários (VENOSA, 2010).

O direito sucessório trata exatamente da segunda hipótese acima elencada, ou seja, da sucessão *causa mortis*, visando à regulamentação legal da substituição de titularidade em decorrência do fenômeno morte (NADER, 2010).

Maria Helena Diniz registra que:

o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento. (CC, ART. 1786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro (DINIZ, 2010, p.03).

De acordo com Arnaldo Rizzardo,

Com a morte apenas se dá a sucessão hereditária – *nulla viventis hereditas*, ou do vivo não se pode exigir a transmissão da herança. Há o desaparecimento do sucedido, vindo em seu lugar o sucessor. Por outras

palavras, verifica-se a mutação do sujeito da relação jurídica que liga alguém aos bens (RIZZARDO, 2009, p.02).

Desta forma, o presente trabalho tratará exclusivamente da sucessão *causa mortis*, sua aplicação e os efeitos da transmissão da herança.

1.1.2 Evolução Histórica

O surgimento do direito sucessório data de épocas longínquas e num primeiro momento sua origem está ligada à religião, pois prevalecia na época a crença de que com a morte, operava-se a transmissão da herança e do ofício de sacerdote cabível ao falecido. Desta forma, era possível resguardar as tradições familiares e a continuação do culto a quem o sucedesse no lar (GONÇALVES, 2010).

No Direito Romano o aspecto patrimonial da sucessão não era tratado singularmente, pois estava atrelado ao contexto religioso, de forma que enquanto houvesse o culto doméstico, restava intacta a propriedade familiar, bem como preservado o nome e a memória do morto (VENOSA, 2010).

Paulo Nader destaca que:

Cada lar possuía seu deus e o respectivo culto religioso. A convicção de que a vida não terminava totalmente com a morte e que, pelo culto familiar, melhor sorte beneficiava a existência transcendente induzia o *pater familias* a assegurar a continuidade do culto e da chefia familiar. (...). A função da propriedade era a permanência do culto hereditário. A propriedade e o culto se ligavam umbilicalmente, a ponto de não se poder adquirir um deles separadamente (NADER, 2010, p. 18).

De acordo com VENOSA,

A situação assim se apresentava porque o direito de propriedade estabeleceu-se para a efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular. Deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que culto não se extinguisse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade (COULANGES, *apud* VENOSA, 2010, p.02).

Acrescenta ainda Carlos Roberto Gonçalves que,

O direito sucessório remota à mais alta antiguidade, sempre ligado a ideia de continuidade da religião e da família.

Em Roma, na Grécia e na Índia, a religião desempenha, com efeito, papel de grande importância para agregação familiar [...] o culto dos antepassados desenvolve-se diante do altar doméstico, não havendo castigo maior para uma pessoa do que falecer sem deixar que lhe cultue a memória, de modo a ficar seu túmulo ao abandono. Cabe ao herdeiro o sacerdócio desse culto (GONÇALVES, 2010, p. 21).

Da mesma forma pontua Arnaldo Wald que,

A sucessão *mortis causa* teve, em certa época histórica, um sentido extrapatrimonial, importando para a família romana uma continuação da religião doméstica, em que o *pater familias* instituía, na pessoa do herdeiro, o novo titular da soberania (WALD, 2009, p. 02).

A existência de descendentes era a garantia suprema da felicidade familiar, porém os privilégios hereditários eram conferidos apenas à linhagem masculina, sendo que o filho primogênito possuía preferência aos demais, não tendo as filhas parte na herança, uma vez que o que porventura lhes fosse transmitido provisoriamente logo passaria a integrar o patrimônio dos maridos das mesmas (VENOSA, 2010).

RIZZARDO destaca que:

Em todos os povos primitivos, de modo geral, havia características comuns: os direitos patrimoniais não se partilhavam, mas pertenciam à família. Com a morte do pai, a administração passava ao filho primogênito, sempre do sexo masculino. E nestes sistemas (em que só o filho primogênito herdava), ficava o patrimônio nas mãos de um ramo familiar. O primogênito tornava-se opulento. Os demais filhos trabalhavam para aquele, a quem ficavam subordinados, e numa situação econômica inferior (RIZZARDO, 2009, p. 05).

Faz-se necessário ressaltar que o herdeiro recebia não apenas os bens do falecido, mas herdava também as dívidas por este contraídas, de forma que a transmissão da herança gerava também interesse nos credores, que viam no herdeiro a oportunidade de cobrar os créditos devidos (VENOSA, 2010).

Como explica Paulo Nader, “além dos bens, o filho herdava as dívidas, ainda que estas superassem o ativo, hipótese caracterizadora da chamada *hereditas damnosa*. O patrimônio do filho se confundia, então, com o do falecido pai” (NADER, 2010, p.19).

A Lei das XII Tábuas trouxe à baila a possibilidade de deixar os bens através do testamento, uma vez que permitia ao *pater familias* dispor de seus bens para depois da morte, porém tal lei estabelecia que na ausência de testamento quando da

morte do testador, deveria então os bens ser distribuídos aos herdeiros respeitando a seguinte classificação: *a) sui, ou heredes sui et necessarii*, que se referia aos filhos submetidos ao pátrio poder, bem como a mulher com filhos e demais parentes que fossem submetidos ao *de cuius*; *b) agnati*, que se referia aos parentes mais próximos do *de cuius*; *c) gentiles*, que se referia aos demais membros que compunham o grupo familiar (GONÇALVES, 2010).

Diferentemente, no Direito germânico era inadmissível a sucessão testamentária, de forma que os bens sempre pertenciam à família e somente poderia ter a qualidade de herdeiro aquele ligado a ela pelo vínculo sanguíneo, privilegiando assim a propriedade individual (GONÇALVES, 2010).

No Código Civil Alemão, como relata GONÇALVES, é possível vislumbrar a prevalência da ideia de que o patrimônio do *de cuius* passa por efeito direto da lei, ao herdeiro. Ainda de acordo como o referido jurista, o Código Civil Francês também segue a mesma forma de transmissão ao estabelecer que os bens, direitos e ações do *de cuius* passam diretamente para os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e para o cônjuge sobrevivente, ficando estes encarregados de cumprir todos os encargos advindos da sucessão (GONÇALVES, 2010).

Complementa ainda, GONÇALVES que:

A influência da codificação francesa do início do século XIX fez-se sentir, com efeito, em nossa legislação, mesmo antes do diploma de 1916. A legislação pré-codificada previa linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, e só posteriormente o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco (GONÇALVES, 2010, p. 23).

A atual Constituição Federal trouxe em seu bojo importantes matérias referentes ao direito sucessório, como por exemplo o art. 5º, XXX, que prevê o direito de herança (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Com o advento do Código Civil de 2002 ampliou-se o leque de direitos advindos da sucessão, bem como expandiu-se o número de possíveis herdeiros do *de cuius*.

1.1.3 Fundamentos do Direito Sucessório

Conforme dispõe WALD, “o fundamento do direito sucessório tem sido objeto de polêmica entre filósofos, economistas e sociólogos, não faltando quem verbere o próprio instituto da sucessão” (WALD, 2009, p. 16).

O primeiro fundamento do direito sucessório está diretamente ligado ao contexto religioso, pois a propriedade era familiar e cabia ao varão mais velho chefiar a família, assumindo, portanto, o lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico (GONÇALVES, 2010).

A partir do momento em que a propriedade assumiu um caráter individual, de acordo com GONÇALVES, “o fundamento da sucessão desloca-se pra a necessidade de conservar o patrimônio dentro de um mesmo grupo, como forma de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos” (GONÇALVES, 2010, p. 25).

Neste momento inicia-se a discussão para definir em que fundamento alicerça-se o direito sucessório e conforme leciona NADER, nas escolas socialistas predominava o entendimento de que o patrimônio deve ter sua origem no esforço próprio e de que a expectativa pelo recebimento de uma herança tende a gerar, nos herdeiro a ociosidade e acomodação. De tal forma também era o entendimento dos seguidores de Rosseau e Montesquieu, tendo este último afirmado que “*la loi naturelle ordonne aux Peres de nourrir leurs enfants, mas qu’elle n’oblige pás de lês faire héritiers*” (i.e., “ a lei natural ordena aos pais que alimentem seus filhos; não os obriga a constituí-los seus herdeiros”) (NADER, 2010, p.13).

De forma diversa, conforme cita GONÇALVES, há os que defendem a transmissão hereditária, assentando a riqueza da nação sobre a riqueza individual, pois veem a transmissão dos bens aos descendentes como uma forma de dar continuidade aos valores acumulados, estimulando assim o trabalho e a economia, e consequentemente, o progresso (GONÇALVES, 2010).

Nessa mesma linha, NADER destaca que:

A certeza de que os bens, por sua morte, se destinarão aos membros da família induz o titular de direitos a desenvolver projetos de trabalhos, a produzir riquezas, contribuindo para o desenvolvimento social. O contrário, se a morte causasse o fim dos direitos, as coisas se tornariam *res nullius*, os créditos e as dívidas se extinguiriam, provocando insatisfação e

desestabilizando os credores. A morte destes beneficiaria os devedores, provocando-lhes o enriquecimento sem causa. As pessoas da terceira idade, por sua vez, seriam discriminadas no mundo dos negócios, devido ao justo receio de que suas relações jurídicas, com a sua morte, não teriam continuidade (NADER, 2010, p.16).

Como muito bem descreve Maria Helena Diniz, “o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família” (DINIZ, 2010, p.05). Desta forma, vislumbra-se a clara ligação do direito sucessório com os diversos campos do direito.

1.1.4 Abertura da Sucessão e Transmissão da Herança

Conforme dispõe NADER, “a abertura da sucessão se opera em razão do acontecimento *morte* e no exato momento em que esta se verifica, independentemente de qualquer ato judicial ou providência diversa dos interessados” (NADER, 2010, p. 22).

Acrescenta GONÇALVES que:

A existência da pessoa natural termina com a *morte real* (CC, art. 6º). Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece *abre-se a sucessão*, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius*, sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato (GONÇALVES, 2010, p.33).

Portanto, a morte é o centro do direito sucessório, pois é a mesma que determina o momento da abertura da sucessão, de forma que quando ocorre o falecimento abre-se a sucessão e conseqüentemente são transmitidas a propriedade e a posse dos bens que pertenciam ao falecido àquele que são os herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, independente de qualquer ato formal, ou seja, tal transmissão opera-se *ipso iure* (DINIZ, 2010).

Desta forma fica claro que:

com o falecimento do *de cuius* a herança é oferecida a quem possa adquiri-la, o que envolve a questão da prova da morte, que é feita pela certidão de óbito passada pelo oficial do Registro, devendo, na sua falta, o interessado lançar mão de outros meios admissíveis juridicamente, como, p. ex., o levantamento pericial, a prova testemunhal etc. O domínio dos bens da herança transfere-se, portanto, ao herdeiro do *de cuius* automaticamente no

momento do passamento, e não no instante da transcrição da partilha feita no inventário, de modo que o fisco só poderá cobrar o imposto *causa mortis* baseado nos valores do instante do óbito (DINIZ, 2010, p. 27).

1.1.4.1 Princípio da *saisine*

O artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro dispõe da seguinte forma:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (BRASIL. Código Civil de 2002).

Destarte, entende-se que no direito civil brasileiro aplica-se o princípio da *Saisine*, cujo vocábulo tem origem na palavra *saisir*, (agarrar, prender, apoderar-se), significando que a herança transmite-se de pleno direito. Trata-se de uma apreensão possessória autorizada, ou seja, passa a haver uma faculdade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não tinha (VENOSA, 2010).

Essa transferência imediata da posse e do domínio do patrimônio, de acordo com RIZZARDO, é caracterizado pela expressão francesa *droit de saisine*, onde todo o acervo, ativo e passivo, é transferido aos herdeiros (RIZZARDO, 2009).

A origem do Princípio da *Saisine* é explicada por GONÇALVES da seguinte forma:

O princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema do regime feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento de sua morte, a posse de todos os seus bens (GONÇALVES, 2010, p.38).

De acordo com VENOSA, “a regra era expressa por adágio corrente desde o século XIII: *Le mort saisit le vil*” (o morto prende o vivo) (VENOSA, 2010, p.16).

O referido adágio, de acordo com GONÇALVES, significava que:

o herdeiro *ab intestato*, assim como o herdeiro testamentário não tinham necessidade de se dirigir ao senhor feudal ou à Justiça para tomar posse dos bens da sucessão. Eles adquiriam os frutos e as rendas da sucessão desde o momento da morte e a partir do momento dela tinham direito à proteção possessória, mesmo que não tivessem tomado posse das coisas deixadas pelo defunto (GONÇALVES, 2010, p.38).

NADER expõe a necessidade da aplicação do Princípio da *Saisine* ao comentar que:

Com o efeito direto da morte, o acervo patrimonial se transmite imediatamente aos herdeiros e legatários. Não fora assim, haveria um interregno entre a morte e o registro da partilha, quando os bens seriam *res nullius*, implicando tal circunstância uma série de problemas jurídicos incontornáveis (NADER, 2010, p.22).

Outra consequência do Princípio da *Saisine*, conforme destaca NADER é a de que “ainda que o herdeiro sobreviva ao *de cuius* por alguns momentos apenas, a sucessão se verificará. O quinhão que tocar a esse herdeiro, somado ao seu patrimônio anterior, será, por sua vez, objeto da herança que deixará aos seus sucessores” (NADER, 2010, p. 22).

Assim, leciona WALD:

dentro do sistema legal pátrio, a posse dos bens herdados transfere-se automaticamente, *ipso jure*, pelo simples fato da morte do *de cuius*, aos herdeiros, independentemente da abertura do inventário, que é mera formalidade, e da sentença homologatória da partilha, que tem caráter declaratório (WALD, 2009, p. 15).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu ser aplicável o Princípio da *Saisine* no seguinte julgamento:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. RECEBIMENTO DA POSSE A TÍTULO UNIVERSAL. PRINCÍPIO DA SAISINE. DECLARAÇÃO DE DOMÍNIO DO BEM SEM A PARTICIPAÇÃO DOS DEMAIS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE. Pelo princípio da *saisine*, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. No caso, com a morte do genitor da apelante, a posse por ele exercida transferiu-se a todos os seus sucessores, de modo que é inviável à autora, sem que demonstre uma cessão de direito ou ato que importe na efetiva exclusão da posse dos demais, pleitear a declaração de domínio do bem sem a participação de todos os herdeiros e, ainda, pretendendo a utilização da posse exercida por seu pai. Prescrição aquisitiva em favor da autora tem curso inicial na data do óbito do possuidor anterior do imóvel. Requisito temporal não demonstrado (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

Cite-se ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO HEREDITÁRIO. BEM COMUM UTILIZADO POR APENAS UM DOS COHERDEIROS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE ALUGUEL EM FAVOR DOS DEMAIS QUE ESTÃO IMPOSSIBILITADOS DE USUFRUIR DO MESMO. MARCO INICIAL. CITAÇÃO.1. Com a morte dos autores da herança, os bens transmitem-se automaticamente aos herdeiros legítimos, por força do princípio da "*saisine*" (art. 1.784 do CCB.2. Estando os demais

herdeiros impossibilitados de usarem e fruírem do bem herdado, em razão do uso exclusivo por parte de apenas um, têm eles direito de receberem aluguéis correspondentes às suas frações ideais, ainda que o processo de inventário não tenha sido concluído com a partilha formal (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

Na mesma linha, RIZZARDO explica que o Princípio da *Saisine* tem o propósito de:

reforçar que a imissão na posse e na propriedade dos bens é no todo, e não em um bem, ou em bens individualizados. Ocorre a imissão *ipso jure*, e sem a necessidade de uma petição dirigida ao juiz, com o que não sofrem solução de continuidade as relações jurídicas do finado. Verifica-se a substituição de sujeito, ou mudança subjetiva. Mesmo que esteja o herdeiro em local distante ou desconhecido, a ele distribui-se a herança na porção que lhe cabe, tão logo ocorra a morte do titular do patrimônio (RIZZARDO, 2009, p. 23).

O Princípio da *Saisine* visa, portanto, efetivar a imediata transmissão do patrimônio do *de cuius* para os herdeiros, sem necessidade de formalidades ou autorização.

1.1.5 Espécies de Sucessão

De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil Brasileiro, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, Código Civil de 2002).

Assim expõe WALD:

O direito moderno adotou uma posição conciliatória, tentando atender, ao mesmo tempo, aos interesses superiores da família e à liberdade do testador, reconhecendo a faculdade de testar desde que não se prejudicassem os direitos de certos parentes próximos a uma fração dos bens deixados. Admitiu-se assim, a liberdade testamentária mitigada pela existência da *quota de reserva*, também denominada *legítima*, e que pertence, em nosso direito, aos descendentes, e, em sua falta, aos ascendentes, importando na metade dos bens do testador (WALD, 2009, p. 17).

Destarte, quanto à fonte, pode-se classificar a sucessão como legítima ou “*ab intestato*” e testamentária (GONÇALVES, 2010, p.42).

A sucessão legítima ou “*ab intestato*” está prevista no artigo 1788 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for nulo (BRASIL, Código Civil de 2002).

A sucessão legítima, de acordo com DINIZ:

resulta de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento [...] Deveras, se o *de cuius* não fizer testamento, a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária (DINIZ, 2010, p. 14).

A ordem de vocação hereditária vem estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil de 2002):

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
 I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
 III - ao cônjuge sobrevivente;
 IV - aos colaterais (BRASIL, Código Civil de 2002).

Há o entendimento de que a sucessão legítima é a representação da vontade presumida do *de cuius* deixar seus bens para as pessoas indicadas pela lei, caso o mesmo tivesse tido a oportunidade de expressar sua vontade em vida, pois se desejasse de forma contrária demonstraria sua vontade por meio de testamento (GONÇALVES, 2010).

Explica VENOSA que, “a ordem de vocação hereditária fixada na lei vêm beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança” (VENOSA, 2010, p.117).

Conforme afirma GONÇALVES, a sucessão legítima tem uma predominância no Brasil, pois,

a escassez de testamento entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento (GONÇALVES, 2010, p. 42).

Na mesma linha leciona DINIZ ao dizer que “predomina, na tradição do nosso direito das sucessões, a sucessão legítima, em razão da marcante influência do

elemento familiar na formação desse ramo do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção” (DINIZ, 2010, p.15).

A sucessão testamentária decorre de manifestação de ultima vontade, expressa em testamento ou codicilo (GONÇALVES, 2010, p.42).

Segundo NADER,

O titular de um patrimônio pode dispor sobre a destinação de seus bens *mortis causa*, respeitada a parte indisponível, comprometida com os herdeiros necessários. Por testamento podem ser contemplados tanto estranhos quanto herdeiros e, entre estes, tanto os necessários quanto os colaterais (NADER, 2010, p.31).

O vocábulo *testamento* foi registrado nas *Institutas* como sinônimo de “testemunho da vontade”. Já nas *cartas diplomáticas*, de acordo com Du Cange, foi utilizado no sentido de “doação”. Etimologicamente, prevalece o entendimento de que o vocábulo deriva de *testari*, que significa “testemunhar ou fazer testamento” (NADER, 2010, p.208).

Para RIZZARDO, o significado do vocábulo “testamento” exsurge da própria “designação, ou a sucessão que se processa de acordo com a vontade do titular do patrimônio. Possui ele a liberdade de dispor quanto à partilha dos bens que ficarão após sua morte” (RIZZARDO, 2009, p. 08).

De acordo com GONÇALVES, o testamento no período clássico “era desconhecido no direito primitivo. Nem sempre a lei e os costumes o admitiam, havendo legislações pelas quais eram punidos aqueles que pretendiam instituir herdeiros ao arrepio da lei” (GONÇALVES, 2010, p. 225).

NADER destaca que,

Entre os antigos romanos o testamento era cercado de formalidades. Antes da Lei das XII Tábuas, ao dispor sobre o destino de seus bens, o disponente não podia guardar segredo. Ao deserdar membros de sua família ou desviar-se dos critérios fixados pela religião, a declaração do proprietário devia ser pública, à luz do dia. A essa época havia duas modalidades de testamento. Uma para o tempo de paz, denominada *in clatis comitis* (perante a assembleia convocada) (...) A segunda modalidade, *in procinctu*, destinava-se ao tempo de guerra, celebrada perante o exército e antes do início da batalha (NADER, 2010, p. 210).

Complementa GONÇALVES, destacando que:

Para evitar as múltiplas formalidades que ainda acompanhavam o testamento, trataram os pretores de simplifica-lo. No direito clássico, passa o pretor a admitir como testamento válido o escrito apresentado a sete

testemunhas, ao qual estivessem apostos seus respectivos selos. Somente, porém, no Baixo Império ou período pós-clássico vão surgir, de modo embrionário, as formas de testamento que chegaram até nós (GONÇALVES, 2010, 225).

No que se refere ao direito contemporâneo, destaca VENOSA que:

Nosso Código Civil de 1916 instituiu os testamentos público, cerrado, particular, marítimo e militar, tendo admitido o nuncupativo apenas como forma de testamento militar e abolindo, assim, as demais formas. (...) O Código de 2002 apenas acrescenta a possibilidade do testamento aeronáutico, como forma especial, mas cria uma expressiva modalidade de testamento particular excepcional, com mínima formalidade (VENOSA, 2010, p.182).

Apesar de previsto no Código Civil Brasileiro, a utilização do testamento no Brasil é restrita, devido a diversos fatores, como explica VENOSA:

A questão é principalmente sociológica. No entanto, ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidade do testamento, com o risco sempre latente de o ato poder sofrer ataques de anulação após a morte, afugenta os menos esclarecidos e mesmo aqueles que, por comodismo, ou receio de ferir suscetibilidades, não se abalam em pensar em disposições de última vontade (VENOSA, 2010, p.179).

Com isso, percebe-se o ordenamento jurídico contempla duas modalidades de sucessão *causa mortis*, através das quais operar-se-á a transmissão dos bens do *de cuius*.

1.1.5.1 Capacidade de Testar e Adquirir por Testamento

NADER, ao definir “testamento”, caracteriza-o como:

modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal, revogável, *causa mortis*, cujo objeto é a destinação de bens, para pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei. A validade do ato negocial requer tanto a capacidade testamentária ativa quanto a passiva, além da observância das exigências previstas para o tipo de testamento (NADER, 2010, p.215).

Denomina-se capacidade testamentária “o conjunto de condições necessárias para que alguém possa, juridicamente, dispor de seu patrimônio por meio de testamento, ou ser por ele beneficiado” (DINIZ, 2010, p.188).

Conforme leciona GONÇALVES, “a capacidade testamentária pode ser ativa (*testamenti factio activa*) e passiva (*testamenti factio passiva*). A primeira diz respeito aos que podem dispor por testamento; a segunda indica os que podem adquirir por testamento” (GONÇALVES, 2010, p.232).

Explica RIZZARDO que:

o Código Civil, ao tratar do testamento, parte por excluir quem não possui a capacidade civil, exceto quanto aos maiores de dezesseis anos, e quem não tiver o pleno discernimento ao fazê-lo. Por decorrência, todas as demais pessoas podem testar (RIZZARDO, 2009, p. 241).

Há ainda, de acordo com WALD, tanto no aspecto ativo, como no passivo, a capacidade testamentária absoluta e a relativa, sendo que:

Considera-se, assim, como tendo *testamenti factio activa* geral ou absoluta a pessoa que pode testar por qualquer forma e a respeito de todos os seus bens. Seria, ao contrário, *relativa a testamenti factio* de quem só pudesse testar por uma forma determinada ou a respeito de alguns de seus bens. [...] A incapacidade para receber bens em testamento pode ser geral ou relativa. Será geral ou absoluta quando se referir a bens transmitidos por qualquer pessoa, e especial ou relativa quando consistir num impedimento de receber bens ou coisas de alguma pessoa determinada (WALD, 2009, p.146).

De acordo com RIZZARDO,

Depreende-se que não se dá a contemplação de pessoas não concebidas, mas deixa-se pendente a possibilidade de ficarem favorecidos filho que irão nascer de pessoas especificadas no ato de disposição de última vontade. Com o decesso do testador, não se pode operar a transferência ou quinhão da mesma aos filhos que irão nascer. Tal fenômeno não se afiguraria possível, porquanto não se verifica a sua existência (RIZZARDO, 2009, p. 252).

Destarte, a sucessão pode ser legítima, quando seguir a ordem legal para distribuição da herança ou ser caracterizada como testamentária, quando se basear nas disposições de última vontade do *de cuius*, sendo que neste caso deverá ser analisada a capacidade do testador e do destinatário da herança.

2 A ADOÇÃO NO CONTEXTO FAMILIAR MODERNO

2.1 DA EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS

Apesar de não haver no Código Civil uma definição para “família”, a mesma pode ser conceituada em sentido amplo como sendo “o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados)” (PEREIRA, 2010, p. 23).

Já para NADER, família seria:

uma constituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, ente si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum (NADER, 2010, p.03).

Assim, entende-se que o vocábulo “família” abrange todas as pessoas ligadas por vínculo sanguíneo, sendo procedentes de um mesmo tronco ancestral, bem como aquelas unidas pelo vínculo da afinidade e da adoção (GONÇALVES, 2010).

Nos tempos primitivos a família era predominantemente patriarcal, como era o caso de Roma, conforme relata PEREIRA:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade (PEREIRA, 2010, p. 29).

Ressalta WALD que:

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes (WALD, 2009, p.11).

O chefe da entidade familiar era o *pater*, que por ser o varão mais forte, ficava sendo responsável pelo cuidado de sua mulher (ou mulheres) e também pelos demais membros que a compunham, apresentando assim como uma sociedade hierarquizada (NADER, 2010).

Insta salientar que durante este período a formação da família não tinha por finalidade o afeto e nem a junção de duas pessoas com gêneros compatíveis. Seu propósito era a manutenção do culto doméstico e a propagação do mesmo através dos descendentes (VENOSA, 2010).

Na Idade Contemporânea constatou-se uma variação da formação familiar, principalmente em razão do regime econômico, de forma que na sociedade predominantemente agrária, em que o trabalho se desenvolvia através da célula familiar, “prevalecia a autoridade dos pais, havendo uma convivência entre pais e filhos e a própria unidade da família” (NADER, 2010, p.11).

Com o advento da Revolução Industrial houve uma mudança de paradigmas e a família passou a ser compreendida como:

uma unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial (ROSENVALD, 2011, p.04).

Tais transformações afetam diretamente a composição familiar, pois como explica VENOSA, a industrialização acaba “restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalham sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho” (VENOSA, 2010, p. 5).

Com o avanço da sociedade e conseqüentemente a mudança de conceitos, novos valores começaram a se fazer presente nas relações familiares, de forma que “o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora” (ROSENVALD, 2010, p.04).

A família moderna passa, então, a ser revestida de outras características, de forma que “substitui-se, à organização autocrática uma orientação democrático-

afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor” (PEREIRA, 2010, p.30).

Registra VENOSA os reflexos das mudanças ocorridas no seio familiar, ao afirmar que:

Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros (VENOSA, 2010, p. 3).

ROSENVALD destaca ainda que:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como *núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana* (grifo do autor) (ROSENVALD, 2010, p.06).

Acentua também o supracitado jurista que:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade (grifo do autor) (ROSENVALD, 2010, p.10).

Acrescenta Maria Berenice DIAS que, “o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo” (DIAS, 2010, p. 29).

Portanto, compreende-se que na composição atual da família:

não é tão somente indispensável que haja apenas uma relação de parentalidade, pois ela tende a se estruturar como instituição, na qual se desenvolvem valores morais, éticos, religiosos e sentimentos como o afeto e o amor entre as pessoas (STÜMPFLE, 2011, p.129).

NADER sintetiza que “atualmente a família já não é definida como estrutura hierárquica, mas como instituição fundada na compreensão e em critérios de igualdade” (NADER, 2010, p. 14).

No Brasil, o grande marco no que diz respeito à modernização do direito de família foi o advento da Constituição Federal de 1988, pois de acordo com RIZZARDO, tal acontecimento:

delineou uma diferente ordem estrutural ou organizacional ao direito de família, introduzindo novos rumos e novas indagações. Emergem os seguintes princípios, afastando de vez antigas e injustificáveis discriminações:

- a) a igualdade de direitos entre o homem e a mulher;
- b) a absoluta paridade entre os filhos, independentemente da origem dos mesmos;
- c) a prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal;
- d) a aceitação da união estável e do grupo formado por um dos pais e dos descendentes como entidade familiar (RIZZARDO, 2009, p. 14).

A Constituição Federal de 1988 trouxe princípios expressos no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, à paternidade responsável e ao planejamento familiar, estabelecendo assim novas diretrizes nas normas de direito de família (VENOSA, 2010).

Como resultado das transformações, o modelo familiar passou a abarcar outras formas de composição distintas daquela primariamente composta pelo casamento, como por exemplo, a família monoparental, conceituada pela Constituição Federal, em seu art. 226, §4º como sendo “a comunidade formada pro qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

MADALENO define família monoparental como aquela em que:

um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira (MADALENO, 2011, p. 09).

A família monoparental tem sua origem na separação ou divórcio dos pais ou na viuvez, quando do falecimento de um dos genitores. Outros exemplos podem ser citados, como as hipóteses de adoção por pessoa solteira, a inseminação artificial por mulher solteira, a fecundação homóloga após a morte do marido ou a entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores. Desta forma compreende-se a família monoparental é um fato social, não sendo necessária para sua configuração a presença de menores de idade como integrantes da mesma, bastando apenas haver diferença de gerações entre um de seus membros e os

demais e desde que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles (DIAS, 2010).

A respeito desta modalidade de composição familiar, pontua ROSENVALD que:

Muito bem andou o constituinte, reconhecendo um fato social de grande relevância prática, especialmente em grandes centros urbanos, ao abrigar como entidade familiar o núcleo formado por pessoas sozinhas (solteiros, descasados, viúvos) que vivem com sua prole, sem a presença de um parceiro afetivo. É o exemplo da mãe solteira que vive com a sua filha ou mesmo de um pai viúvo que se mantém com a sua prole (ROSENVALD, 2010, p.55).

Ressalta DIAS que:

as famílias monoparentais têm estrutura frágil. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos dobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover o sustento da família. Assim, imperioso que o Estado atenda a tais peculiaridades e dispense proteção especial a esses núcleos familiares (DIAS, 2010, p. 217).

A entidade familiar monoparental comporta as mesmas características de uma família, na medida em que seus integrantes desempenham seus papéis no grupo da mesma maneira que aqueles inseridos em um grupo familiar formado pelo casamento (ROSENVALD, 2010).

Merece também destaque a entidade familiar formada através da união estável, sendo esta conceituada da seguinte forma:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos (BRASIL, Código Civil de 2002).

A principal característica da união estável é a ausência de formalidades para a sua constituição, pois enquanto no casamento há a necessidade de um processo de habilitação, com inúmeras formalidades para sua validação, na união, ao contrário, é desnecessária qualquer solenidade, sendo suficiente o fato da vida em comum (GONÇALVES, 2010).

A informalidade, porém, traz algumas dificuldades quando se faz necessário a comprovação da união estável, haja vista a falta de certidão oficial comprovadora da união, razão pela qual é recomendável sua formalização através de um contrato de convivência entre as partes (NADER, 2010).

No entendimento de DIAS, o nascimento da união estável ocorre quando presente a convivência, que segundo a jurista trata-se de:

Simple fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. O que se exige é a efetiva convivência more uxório, com características de união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados (DIAS, 2010, p. 170).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento do recurso de Apelação nº 1016085-53.2011.8.19.0002 destacou a legalidade da união estável:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. DÍVIDAS CONTRAÍDAS APÓS O FIM DA VIDA EM COMUM. ALIMENTOS. NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO.1. A entidade familiar da união estável é constitucionalmente protegida pela Lei Fundamental, na exegese do artigo 226, §3º, permitindo que se efetive o ideal de proteção estatal à família, seja a oriunda do casamento, seja aquela que deriva de união estável e, até mesmo, a família monoparental. O que se visa proteger é a vida em comum, independentemente de sua origem. Para que se configure a união estável, nos moldes do mencionado dispositivo constitucional e no do artigo 1.723 do CCB, é preciso a manutenção de relacionamento entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas de casar, que vivem juntas, como se casadas fossem, de forma pública, contínua e duradoura e estabelecido com o objetivo de constituição de família. 2. União estável que teve início com o retorno do demandado dos Estados Unidos da América. Reconhecimento da vida em comum no período compreendido entre os meses de novembro de 2008 e fevereiro de 2011.3. Assim como os bens, as dívidas contraídas na constância da vida em comum também devem ser partilhadas entre o ex-casal.4. Os débitos cujo rateio é pleiteado pela apelante não ostentam o caráter de despesas comuns, devendo ela sozinha com o respectivo pagamento, uma vez que contraídas após o fim da convivência. Dívidas relativas à habilitação profissional e ao plano de saúde que constituem despesas pessoais. Precedentes do TJRJ.5. A fixação dos alimentos deve ser pautada no binômio necessidade-possibilidade, conforme dispõe o § 1º do artigo 1694 do CC. Do cotejo entre estes dois fatores, quais sejam, necessidade da autora e recursos do réu, proporcionalmente considerados, deve-se chegar a um valor que atenda às partes, tendo por norte o mínimo existencial que assegure ao alimentado a preservação da sua dignidade.6. O conjunto probatório carreado aos autos denota que a demandante sempre dispôs de condições para suportar seu sustento, pois que era a única provedora do lar até então mantido com o apelado, não fazendo jus aos alimentos reclamados. Precedentes do TJRJ.7. Parcial provimento do recurso (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Conforme destaca VENOSA, o próprio texto legal traz os elementos constitutivos da união estável, quais sejam: estabilidade, continuidade, diversidade de sexo, publicidade e objetivo de constituição de família, sendo que, por razões de ordem moral e social, a ausência de alguns dos requisitos elencados não prejudica o reconhecimento da união (VENOSA, 2010).

O Superior Tribunal de Justiça, porém, demonstra em seus julgados a necessidade da existência dos elementos para a configuração da união estável:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL.

RECONHECIMENTO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. A configuração da união estável é ditada pela confluência dos parâmetros expressamente declinados, hoje, no art. 1.723 do CC-02, que tem elementos objetivos descritos na norma: convivência pública, sua continuidade e razoável duração, e um elemento subjetivo: o desejo de constituição de família.

[...]

3. O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização da união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não têm o escopo de serem família, porque assim não quiseram seus atores principais.

4. A demanda declaratória de união estável não pode prescindir de um diligente perscrutar sobre o "querer constituir família", desejo anímico, que deve ser nutrido por ambos os conviventes, e a falta dessa conclusão impede o reconhecimento da união estável. Recurso provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Cite-se ainda neste sentido:

CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO DAS PARTES. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.723 DO CC NÃO CONFIGURADA. PARTILHA. IMÓVEL ADQUIRIDO COM RECURSOS PROVENIENTES DO SALÁRIO DO VARÃO. SUBROGAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.659, II, DO CC.

1. É pacífico o entendimento de que a ausência de coabitação entre as partes não descaracteriza a união estável. Incidência da Súmula 382/STF.

2. Viola o inciso II do art. 1.659, do CC a determinação de partilhar imóvel adquirido com recursos provenientes de diferenças salariais havidas pelo convivente varão em razão de sua atividade profissional, portanto de natureza personalíssima.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Ainda no âmbito da união estável merece destaque a união homoafetiva, que se trata da união civil de pessoas do mesmo sexo, sendo esta uma nova forma de composição familiar.

O Supremo Tribunal Federal, ao realizar o julgamento da ADPF 132/RJ estendeu às uniões homoafetivas todos os direitos concernentes à união estável, de forma que a união de pessoas do mesmo sexo passou a ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer a proteção estatal:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE

INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...]. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme a Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

A respeito do julgamento supracitado assim comenta STÜMPFLE:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, trazendo a isonomia de direitos dos pares homossexuais aos casais heterossexuais. Tendo por base a premissa da igualdade assegurada na Constituição Federal, o Ministro Relator Ayres Britto defendeu que o conceito de família não pode ser definido com base no gênero das pessoas que formam o núcleo familiar. Portanto, argumentou em seu voto no sentido de prevalecer a interpretação da isonomia entre as pessoas, independente de cor, raça, sexo e religião, conforme reza a Constituição para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (STÜMPFLE, 2011, p.129).

Destarte, como se manifesta ROSENVALD, a união estável, que seja heterossexual ou homoafetiva deve receber especial proteção estatal, tendo em vista que:

assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família (seja ela qual for, casamentária ou não) tenha especial proteção do Estado.

[...]

Isto porque toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à

pessoa humana – violando a *ratio* constitucional (ROSENVALD, 2011, p. 440).

Destarte, a base central da família passa a ser a dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível qualquer forma de violação desta, sob o argumento de proteção daquela. O indivíduo passa a ser, portanto, o objetivo final da proteção estatal, devendo ser direcionada para este as normas que disciplinam o direito de família (ROSENVALD, 2010).

2.1.1 Da Filiação

A filiação, como destaca VENOSA, “exprime a relação entre os filhos e seus pais, aqueles que o geraram ou adotaram [...] o estado de filiação traduz-se na paternidade ou maternidade” (VENOSA, 2010, p.224).

Para TARTUCE, trata-se da “relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo Princípio da igualdade entre os filhos” (TARTUCE, 2011, p. 1113).

A filiação é, desde os tempos remotos, “o elo basilar da união e aproximação das pessoas”, que se origina instintivamente e perpetua ao longo do tempo, mesmo que se atenuem o sentimento, tornando-se o relacionamento “mais perene e profundo no que se refere aos laços de parentesco” (RIZZARDO, 2009, p.414).

Por muito tempo perdurou a necessidade de preservação do núcleo familiar, fazendo-se necessário uma classificação dos filhos de acordo com suas origens. Conforme explica DIAS,

fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos. Os ilegítimos, por sua vez, se classificavam em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adúlteros. Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, o fato de a prole proceder ou não de genitores casados entre si (DIAS, 2010, p. 350).

Num primeiro momento,

a proibição do reconhecimento de filho ilegítimo sob a modalidade de filho espúrio adúltero era absoluta no início do século XX, diante do sério risco à paz familiar que a criança poderia gerar à família legítima [...] somente os

filhos legítimos e os ilegítimos naturais reconhecidos voluntária e ou judicialmente poderiam ter reconhecido o *status familiae* de filhos e manter, desse modo, vínculos jurídicos de parentalidade-filiação com seus pais, ao passo que os filhos espúrios – adulterinos ou incestuosos – se encontravam excluídos de qualquer tutela, já que nem mesmo a investigação da paternidade ou da maternidade lhes era possível (GAMA, 2008, p.332).

Havia, portanto, um tratamento totalmente discriminatório, de forma que mesmo que um homem casado quisesse reconhecer um filho fruto de um relacionamento extraconjugal, não poderia. Tal forma de tratamento desumano também atingia os filhos adotivos, pois lhes era negado o direito sucessório, em relação aos filhos classificados como legítimos (ROSENVALD, 2010).

Clóvis Beviláqua, citado por NADER, manifesta sua contrariedade no que diz respeito à discriminação existente, ao argumentar que:

a proibição de reconhecer os espúrios não se justifica perante a razão e a moral. A falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos, que em nada concorreram para ela. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, e a lei procede como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas (BEVILÁQUA, *apud* NADER, 2010, p.296).

No Brasil tal discriminação somente foi abrandada com a publicação da Lei nº 883/49 que passou a permitir, juridicamente, o reconhecimento, pelo homem casado, de filhos havidos fora do matrimônio, porém tal concessão somente era possível após a dissolução do casamento do genitor (ROSENVALD, 2010).

A completa extinção legal das diferenças presentes na filiação se deu com a publicação da Constituição Federal de 1988, pois esta, ao estabelecer os valores fundamentais da República (dignidade, solidariedade social, igualdade e liberdade), definiu a entidade familiar e fixou o princípio da isonomia entre a prole (NADER, 2010).

Tal alteração no que diz respeito à filiação é destacada por DIAS, ao afirmar que:

Com esta mudança de paradigma, a regulamentação passou a ser do fato do nascimento. Se a concepção foi lícita ou não, se foi ética ou não, pouco importa. A filiação há que se estabelecer. Basta atentar que o filho incestuoso é filho (DIAS, 2010, p. 351).

Na mesma linha, DIAS declara que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem” (DIAS, 2010, p. 477).

Desta forma, a entidade familiar deixou de ser embasada em interesses meramente patrimoniais e passou a priorizar o aspecto social, proporcionando a valorização do indivíduo e a sua integração no seio familiar, garantido a igualdade de condições, independentemente de seu contexto originário.

Dentro deste contexto faz-se necessário destacar a adoção, que, nas palavras de VENOSA, trata-se de “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”, bem como “modalidade de filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade” (VENOSA, 2010, p.273).

2.2 DA ADOÇÃO

2.2.1 Conceito

A adoção pode ser conceituada como “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” (PEREIRA, 2010, p.411).

Na visão de GONÇALVES, significa o ato pelo qual o indivíduo acolhe uma pessoa estranha em seu seio familiar, na qualidade de filho (GONÇALVES, 2011).

Num conceito atual, ROSENVALD assim preconiza:

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo (ROSENVALD, 2011, p.961).

Para WALD, trata-se de “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente” (WALD, 2009, p. 315).

Na mesma linha, MADALENO sintetiza:

A adoção imita a natureza, dando filhos aos que não podem tê-los, por cuja circunstância era mais frequente se desse a adoção por casais estéreis, empenhados em buscar corrigir a natureza que lhes negou a descendência (MADELENO, 2011, p. 603).

O instituto da adoção não está, porém, adstrito seu aspecto jurídico, pois apresenta um amplo caráter afetivo, como declara ROSENVALD:

A adoção é gesto de amor, do mais puro afeto. [...] Por certo, a adoção se apresenta como muito mais do que, simplesmente, suprir uma lacuna deixada pela Biologia. É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos [...], enfim, pelo amor (ROSENVALD, 2011, p.961).

A adoção deve ser considerada sob o aspecto da solidariedade, fundamento social revestido de singular conteúdo humano, de apoio, carinho e altruísmo, pois se baseia nos vínculos estreitos e singulares de afeição (MADALENO, 2011).

NADER ressalva que, apesar dos benefícios que a adoção pode trazer, tal medida deve ser considerada “como ato excepcional, cabível apenas quando não for possível a permanência do menor em companhia de seus pais ou sua inserção na família extensa ou ampliada” (NADER, 2010, p.318).

De acordo com VENOSA, a adoção vem para cumprir dois propósitos, quais sejam,

dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento e levantará suspeitas [...] Ao decretar uma adoção, o ponto central de exame do juiz será o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe trazer (VENOSA, 2010, p.275).

Destaca GAMA, “é conveniente considerar que os interesses tutelados no âmbito da adoção não são prioritariamente da pessoa interessada na adoção, mas sim na criança e do adolescente” (GAMA, 2008, p. 415).

Da mesma maneira se manifesta o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. COMPROVAÇÃO DE VANTAGENS PARA O ADOTANDO. AVALIAÇÃO DOS ADOTANTES E ADOTANDOS. NECESSIDADE. ATO JUDICIAL.

DIREITO DO ADOTANDO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 29 e 43 da Lei n.º 8.069/90) exige a comprovação de vantagens reais para a criança ou adolescente como condição ao deferimento da adoção. Essa comprovação se faz através da avaliação psicossocial dos adotantes e adotandos.

[...]

- O direito de adoção não é dos pais biológicos, nem dos pais adotivos, mas do adotando.

- A adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente e não um mecanismo de satisfação de interesses dos adultos.

Recurso conhecido, porém, desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Destaca ainda VENOSA que “o enfoque da adoção atual terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes”. Assim a utilidade do instituto “com relação ao menor, carente ou em estado de abandono, é inafastável, sendo do interesse do Estado que se insira em um ambiente familiar homogêneo e afetivo” (VENOSA, 2010, p.273).

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se da mesma forma ao enfatizar que na adoção,

mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Para ROSENVALD, trata-se de uma escolha mútua, “uma espécie de via de mão dupla, na qual adotante e adotando se escolhem e se adotam”. Ressalta ainda que “não se trata, por certo, de um mecanismo de escolha de filhos por seus pretendentes” (ROSENVALD, 2010, p.916).

No entendimento de DIAS, houve um rompimento da ideologia que buscava apenas o interesse dos adultos, passando a adoção a significar “a busca de uma família para uma criança. Foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família” (DIAS, 2010, p.477).

Destarte, é possível compreender que a adoção possui caráter social e humanitário, pois, os mesmos se baseiam no disposto no art. 227 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art. 43 que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o

adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Tal dispositivo legal é corroborado pela argumentação de NADER de que:

a adoção não apenas atende a interesses particulares, de um lado suprimindo carências afetivas dos pais e, de outro, proporcionando família substituta a menores, mas também da própria sociedade, pois crianças e adolescentes desamparados, sem um lar que lhes proporcione ambiente e condições indispensáveis ao crescimento físico e moral, é um problema a desafiar a solidariedade coletiva (NADER, 2010, p.317).

Complementa o jurista que “a adoção não visa apenas a proporcionar uma família ao ser carente, mas a inseri-lo em um ambiente onde possa desenvolver toda a sua potencialidade para o bem” (NADER, 2010, p. 319).

No mesmo sentido WALD pontua que:

hoje a adoção superou a fase individualista e egoísta para ser um instituto de solidariedade social, de auxílio mútuo, um meio de repartir por maior número de famílias os encargos de proles numerosas (WALD, 2009, p. 318).

Assim sendo, a adoção passa a ser vista como um instituto social, que tendo como interesse primário prover uma família para aqueles que por diversos motivos encontram-se desprotegidos e como interesse secundário a estabilização social, de forma que esta não venha a sofrer os efeitos do desajustamento familiar.

2.2.2 Origem

O instituto da adoção, conforme MADALENO, faz parte da cultura de todos os povos e tem sua origem em épocas remotas, possuindo em tal época a finalidade de dar continuidade ao culto familiar dos antepassados, evitando assim a vergonha representada pela morte do chefe familiar sem deixar descendentes (MADALENO, 2011).

O caráter religioso da adoção é notado nos tempos primitivos, principalmente no mundo grego, pois em tal época predominava a crença de que os vivos eram governados pelos mortos, sendo necessário, portanto, que estes fossem apaziguados através de preces e sacrifícios, a fim de que houvesse proteção para

os descendentes. Neste contexto, surge a adoção, como alternativa para a perpetuação da celebração do culto aos mortos, passando a ser vista como uma espécie de naturalização política e religiosa, garantido assim o desenvolvimento pacífico do mundo antigo (WALD, 2009).

Pontua VENOSA que:

o instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico [...] A Bíblia nos dá notícia de adoções pelos hebreus. Também na Grécia o instituto era conhecido, como forma de manutenção do culto familiar pela linha masculina. Foi em Roma, porém, que a adoção difundiu-se e ganhou contornos precisos (VENOSA, 2010, p. 275).

O propósito da manutenção do culto é destacado nas Leis de Manu, que estabelecia que “aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um, para que não cessem as cerimônias fúnebres” (NADER, 2010, p. 324).

Da mesma forma, complementa GONÇALVES, ao afirmar que a adoção em sua origem era vista com o propósito de:

perpetuar o culto familiar. Aquele cuja família se extingue não terá quem lhe cultue a memória e a de seus ancestrais. Assim, a mesma religião que obrigava o home a casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns, a mesma religião que impunha o divórcio em caso de esterilidade e que substituía o marido impotente, no leito conjugal, por um seu parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio da adoção, um último recurso para evitar a desgraça tão temida da extinção pela morte sem descendentes: esse recurso era o direito de adotar (GONÇALVES, 2011, p. 378).

O ato da adoção significava, portanto, “vigiar pela perpetuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuidade das oferendas fúnebres, pelo repouso dos *manes* dos antepassados” (NADER, 2010, p.325).

Segundo WALD:

No direito primitivo, a adoção constituiu um meio eficaz de perpetuar a família e a religião doméstica, transferindo-se os bens familiares, numa época em que ainda não existia o testamento [...] Foi assim a adoção uma técnica cômoda de instituição de herdeiro, tendo passado a exercer outras funções quando o testamento veio a ser amplamente admitido (WALD, 2009, p.316).

Foi em Roma, porém, que o instituto da adoção teve maior desenvolvimento, pois apesar de estar originalmente ligado ao culto dos mortos, passou, num segundo momento, a ter importância política (WALD, 2009).

RIZZARDO explica o caráter político da adoção no mundo romano:

Nos primórdios do direito, conheciam-se duas espécies: a ad-rogação, significando que um *pater familias* adotava uma pessoa e todos os seus dependentes com a participação da autoridade pública, a intervenção de um pontífice e a anuência do povo, convocado por aquele; e a adoção no sentido estrito, pela qual o adotado passava a integrar a família do adotante na qualidade de filho ou neto (RIZZARDO, 2009, p. 545).

De acordo com WALD, “a ad-rogação tinha importância política e necessitava da aprovação dos comícios”, e complementa informando que “em certa fase da história romana, a adoção tornou-se um instrumento de direito público utilizado pelos imperadores para designar os seus sucessores” (WALD, 2009, p. 316).

A adoção entrou em declínio no período da Idade Média e, conforme expõe MADALENO, “perdeu forças e sequer se permitia ao adotado herdar o título nobiliárquico, o qual só era transmitido pelo direito sanguíneo, passando depois restringir, inclusive, o direito sucessório entre o adotado e o adotante” (MADALENO, 2011, p.606).

Informa WALD que a adoção era desconhecida no direito canônico e era manifesta a reserva que a igreja mantinha, pois “nela viam os sacerdotes um meio de suprir ao casamento e à constituição da família legítima e uma possibilidade de fraudar as normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos” (WALD, 2009, p. 317).

O ressurgimento da adoção se deu através do Código de Napoleão de 1804, tendo como principal fator o fato de que o próprio Imperador, que não possuía herdeiros para a sucessão, desejava adotar um de seus sobrinhos para herdar o trono, passando então, tal restauração, a refletir em quase todas as legislações modernas (GONÇALVES, 2010).

Desta forma, entende-se que a adoção, no contexto histórico, surgiu com uma natureza religiosa, política e patrimonial, visando, principalmente a perpetuação da cultura dos povos ao permitir o ingresso do indivíduo em uma nova família.

2.2.3 Da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

Segundo VENOSA, “houve em nosso país um longo caminho legislativo em matéria de adoção e direitos dos filhos adotivos, até a Constituição de 1988 e o

Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a mais recente Lei da Adoção” (VENOSA, 2010, p. 274).

MADALENO afirma que:

Desde o advento da Constituição Federal, depois, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, mais tarde, com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, passando a proteger integralmente o infante e, finalmente, a inseri-lo no ventre de uma família substituta, se malgrados os esforços na manutenção e reintegração na família natural ou extensa, fazendo desaparecer definitivamente as variações adotivas que cuidavam de discriminar o infante, com sua adoção simples, e não integral, como se o afeto pudesse merecer gradação protegida por lei (MADALENO, 2011, p. 608).

Em um primeiro momento, eram duas as espécies de adoção existentes no direito brasileiro: a simples, regulamentada pelo Código Civil de 1916 e pela Lei nº 8.069/90, referente ao vínculo de filiação estabelecido entre o adotante e o adotado, que podia ser maior, não sendo definitiva ou irrevogável, e a plena, regida pela Lei nº 6.697/79, que posteriormente foi revogada pela Lei nº 8.069/90, referente à adoção, na qual o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo sanguíneo, salvo no caso de impedimentos matrimoniais (DINIZ, 2010).

Atualmente, conforme ensina NADER, “não há mais a distinção entre a adoção simples, então prevista no Código Beviláqua, e a plena, objeto do ECA. A adoção, qualquer que seja, é plena e o seu processo sempre judicial” (NADER, 2010, p.319).

2.2.4 Da Adoção no Código Civil

A Lei 8.069/90, que denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, surgiu como norma específica, com regras especiais que visam o melhor interesse de quem precisa de proteção integral e passou a regulamentar a adoção dos menores de 18 anos, sendo assegurados a eles todos os direitos, inclusive os referentes à sucessão (DIAS, 2010).

No dizer de WALD, o referido Estatuto revogou as disposições sobre adoção de menores, existentes no Código Civil de 1916, passando assim a ser o responsável pelo regulamento da matéria, de maneira que:

a adoção plena passou a depender de sentença judicial, revelando-se irrevogável e somente possível mediante consentimento dos pais do adotado (salvo se desconhecidos ou destituídos do pátrio poder), sendo precedido de um estágio de convivência pelo prazo fixado judicialmente (WALD, 2009, p.322).

O advento do Código Civil de 2002, não revogou o Estatuto da Criança e do Adolescente ao passo que ratificou a necessidade da assistência efetiva do Poder Público e sentença constitutiva (VENOSA, 2010).

De acordo com RIZZARDO, o Código Civil de 2002 continua regendo a adoção do nascituro e dos maiores de dezoito anos (RIZZARDO, 2009).

Ressalta ainda VENOSA que:

o presente Código Civil não alterou, em princípio, a filosofia e a estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua competência jurisdicional e seus instrumentos procedimentais. Desse modo, mantém-se a atribuição dos juizados da infância e da juventude para a concessão de adoção dos menores, havendo que se compatibilizar ambos os diplomas (VENOSA, 2010, p.281).

Na visão de DIAS, porém, houve um conflito legal, como explica:

Quando do advento do atual Código Civil, grande polêmica instaurou-se em sede doutrinária. O ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Esta superposição foi corrigida pela Lei da Adoção que, modo expresse, delega ao ECA a adoção de crianças e adolescentes e manda aplicar seus princípios à adoção dos maiores de idade(CC 1.619) (DIAS, 2010, p. 476).

O conflito instaurado em razão da existência das duas normas foi afastado pela Lei Nacional da Adoção, que alterou os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil, passando o mesmo a ter a seguinte redação:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...]

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL. Código Civil de 2002).

Ainda a respeito do possível conflito de normas porventura existente assim se manifesta ROSENVALD:

Ora, se toda e qualquer adoção exige a efetiva participação estatal, através de decisão judicial constitutiva, é preciso refletir qual o ponto de distinção

entre o regime do Código Civil e o regime estatutário. Com efeito, analisadas as distinções normativas, percebe-se que a adoção de adultos traz consigo, basicamente, duas particularidades, distinguindo-se da adoção infanto-juvenil: “não haverá necessidade de fixação de tempo de estágio de convivência, até porque não se deverá averiguar a possibilidade ou não de convivência; e, não haverá necessidade de estudo social Inter profissional, até porque não se trata de verificar a existência de eventual situação de risco justificadora de uma medida extrema” (ROSSATO, *apud* ROSENVALD, 2011, p. 1015).

Deste modo, a junção dos supramencionados dispositivos legais é claro ao determinar que o Estatuto da Criança e do Adolescente regerá a adoção de crianças ou adolescentes, enquanto a adoção de pessoa maior de dezoito anos estará a cargo da sistemática do Código Civil, com a aplicação subsidiária das regras estatutárias (ROSENVALD, 2010).

2.2.5 Dos Requisitos

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve os requisitos necessários para que a adoção se torne válida, de maneira que, precipuamente, deverá ser apurado se a mesma encontra-se em consonância com o preceito legal, no que tange à necessidade de apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 43).

A prioridade em proteger o melhor interesse do adotando é destacada no julgamento da apelação efetuada pelo Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL - ADOÇÃO CONSENSUAL - VINCULOS DE AFINIDADE E AFETIVIDADE INEXISTENTES - ART. 50, § 13, II DO ECA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTE DO STJ. - "(50§ 13 II ECA.) A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Na mesma linha de pensamento declara NADER que:

O requisito fundamental para a efetivação da adoptio é que ofereça as condições necessárias ao pleno desenvolvimento, material e moral, do filho adotivo [...] Além de reunir condições econômicas, que permitam a devida

assistência ao filho adotivo, o adotante (ou adotantes) deve ser pessoa de boa índole e capaz de oferecer um lar bem estruturado, onde o novo membro da família encontre equilíbrio emocional para uma vida saudável (NADER, 2010, p. 326).

No que diz respeito à capacidade, estabelece o Estatuto ora estudado que o interessado em adotar deve ser maior de 18 (dezoito) anos, qualquer que seja seu estado civil (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Como define ROSENVALD:

qualquer pessoa tem direito à convivência familiar, determinada, por exemplo, através da adoção. Assim, uma pessoa solteira, viúva, divorciada etc. pode adotar, desde que revele adequadas condições para a inserção do adotando em núcleo familiar substituto (ROSENVALD, 2011, p. 970).

Da mesma maneira GONÇALVES destaca que:

O estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção. Está implícito, no entanto, que o adotante deve estar em condições morais e materiais de desempenhar a função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança carente, cujo destino e felicidade lhe são entregues (GONÇALVES, 2010, p. 386).

Ressalta ainda o Estatuto no artigo 40, §3º que o adotante deverá ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando, pois “espera-se que o adotante tenha maior experiência de vida, a fim de que possa bem orientar o adotando” (NADER, 2010, p. 328).

Para ROSENVALD tal diferença de idade se faz necessária para evitar “que se confundam os limites que há entre o amor essencialmente filial e paterno em relação àquele, entre homem e mulher, onde a atração física pode ser preponderante” (ROSENVALD, 2011, p. 970).

Da mesma maneira DIAS entende que “esta distância de tempo busca imitar a vida, pois é a diferença em anos para a procriação. Sendo dois os adotantes, basta o respeito à diferença de idade com referência a apenas um dos requerentes” (DIAS, 2010, p.479).

Ressalta, porém, RIZZARDO, que:

deve existir entre o adotante e o adotado uma idade não muito distanciada. Do contrário, nem sempre o adotante tem uma disposição e um preparo próprios para a criação e educação de uma criança. Nem se adaptaria a uma situação totalmente diferente, com abertura para novas ideias e atitudes (RIZZARDO, 2009, p. 552).

Há que se destacar a necessidade do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, bem como do mesmo, caso maior de 12 (doze) anos de idade (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 45 §2º), sendo tal exigência necessária “em face da própria ruptura definitiva do parentesco que decorrerá do trânsito em julgado da sentença de adoção”, de maneira que ausente o consentimento expresso dos pais biológicos do adotando, “restará inviabilizada a adoção” (ROSENVALD, 2011, p. 966).

O Estatuto prevê, porém, a hipótese de dispensa de consentimento dos pais biológicos caso os mesmos sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Determina ainda o Estatuto, no artigo 46 que “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”. A respeito deste estágio explica ROSENVALD que:

é um período de verificação das condições do adotante e da adaptação do adotado e, bem por isso, deve ser assistido pela equipe interprofissional do juízo [...] O estágio de convivência deve ser acompanhado de estudo psicossocial do caso, cujo escopo é a apuração das condições das partes envolvidas, em especial a idoneidade psicológica do adotante. Por conta das peculiaridades de cada adoção, o prazo do estágio de convivência deve ser fixado pelo prudente arbítrio do juiz, apoiado pelos laudos da equipe interdisciplinar, não havendo especificação legislativa (ROSENVALD, 2011, p.969).

Poderá, porém ser dispensado o estágio de convivência se “o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destarte, preenchido os requisitos elencados pelo Estatuto, a adoção poderá ser efetivada, pois estará revestida das formalidades requeridas.

2.2.6 Do Procedimento

De acordo com ROSENVALD, “seja a adoção de criança ou de adolescente, seja a adoção de adulto, é necessário o processo judicial, eliminando-se, totalmente,

de nosso sistema a adoção por ato contratual”, podendo ainda a ação de adoção estar “cumulada com a destituição do poder familiar” (ROSEVALD, 2010, p. 936).

Conforme explica NADER,

A adoção se formaliza mediante sentença constitutiva com trânsito em julgado, independentemente da circunstância que a envolve. Não há mais a adoção por escritura notarial, nem a de maior de idade, o que deixa claro o interesse público de que se reveste o instituto. O passo inicial para quem pretende adotar é o requerimento de inscrição no registro de pessoas interessadas na adoção (NADER, 2010, p. 333).

O candidato interessado na adoção deverá ser previamente habilitado, devendo para isso formular pedido diretamente em cartório, devendo o mesmo ser acompanhado de uma série de documentos, entre eles: comprovante de renda e de domicílio; certidão de antecedentes criminais; atestado de sanidade física e mental, etc. Deverá ainda o candidato informar o perfil de quem aceita adotar (ROSEVALD, 2011).

Ao fazer análise do pedido o juiz deverá verificar se encontram-se presentes os requisitos necessários à adoção, bem como se ela contempla verdadeiramente o real benefício do adotando, apresentando vantagens para este (DIAS, 2010).

Após o recebimento da inicial, de acordo com o art. 197-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, o juiz mandará ouvir o Ministério Público, que atuando como *custos legis*, poderá requerer a oitiva dos requerentes e testemunhas, bem como formular quesitos que deverão ser respondidos pela equipe interprofissional responsável pelo estudo psicossocial dos envolvidos (DIAS, 2010).

O estudo psicossocial se faz necessário tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente procura evitar que a adoção,

seja deferida para adotantes que não possam oferecer ambiente familiar adequado, justamente para evitar que a criança ou o adolescente venha a passar por situações que possam provocar qualquer tipo de desequilíbrio emocional e/ou psicológico ou quaisquer outros danos de ordem geral que interfiram no seu desenvolvimento regular (LAGINSKI e BASS, 2010, p.130).

Destaca DINIZ que:

Sempre que possível e recomendável, tal preparação incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotadas, a ser realizada sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela

execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (DINIZ, 2010, p. 531).

Uma vez deferida a habilitação, o requerente é inscrito nos cadastros, “sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

O artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que deverá haver, em cada comarca ou foro regional, cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, bem como de casais e pessoas habilitadas à adoção (MADALENO, 2011).

A respeito da necessidade da obediência à ordem cronológica do cadastro de adoção o Tribunal de Justiça do Paraná assim se posicionou:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ADOÇÃO - PRETENSÃO FORMULADO POR CASAL NÃO HABILITADO PREVIAMENTE - EXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES NA LISTA DE ADOTANTES - OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CUMPRIMENTO DA ORDEM CRONOLÓGICA DO CADASTRO OFICIAL - HIPÓTESE DE EXCEPCIONALIDADE AOS TERMOS DA LEI NÃO CONFIGURADA - IMPOSSIBILIDADE DE PREFERÊNCIA DOS APELANTES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.50ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Existindo casais previamente habilitados com precedência na lista de adotantes e não configurada qualquer hipótese de excepcionalidade aos termos legais, impõe-se a observância da ordem cronológica previamente estabelecida no cadastro oficial, que garante legalidade e imparcialidade no procedimento de adoção, bem como evita favoritismo e desigualdade de condições na pretensão de adotar, em nada contrariando o melhor interesse da criança (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná).

O Superior Tribunal de Justiça, porém, já se posicionou em sentido contrário no que diz respeito ao seguimento cronológico, conforme julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança

e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;
[...]
Recurso Especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Não obstante, a regra de acompanhamento do cadastro de adoção pode ser excepcionada nas seguintes hipóteses, de acordo com o art. 50, §§13 e 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente: a) quando se tratar de pedido de adoção unilateral; b) quando formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; c) quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé. Nestes casos deverá o requerente comprovar que preenche os requisitos necessários para o deferimento da adoção (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Sendo deferido o pedido, dispõe o artigo 47, §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que a sentença proferida é averbada no registro civil através de mandado judicial, sem que se faça qualquer referência à origem do ato, não devendo constar nenhuma observação, sendo vedado o fornecimento de certidão (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente).

2.2.7 Dos Efeitos Jurídicos da Adoção

A adoção põe fim a todos os vínculos relacionados à família anterior, proporcionando assim segurança à nova relação familiar estabelecida bem como conferindo a proteção integral e primordial do adotando (ROSENVALD, 2011).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41 estabelece que “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” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Destarte, depreende-se do preceito legal que “as origens ancestrais são apagadas no momento da adoção, integrando-se o filho, plena e completamente, no novo núcleo familiar”, havendo apenas exceção no que diz respeito aos

impedimentos matrimoniais, “com o fito de obstar um eventual incesto”, de forma que “é mantido o vínculo anterior para impedir o casamento entre o adotado e os componentes da família anterior (os seus ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau)” (ROSENVALD, 2011, p. 1035).

Ressalta DINIZ que os pais biológicos não mais poderão exigir notícias da criança ou do adolescente, nem mesmo quando se tornar maior de idade (DINIZ, 2010)

Segundo VENOSA, “a adoção estatutária pressupõe perfeita integração do adotado em sua nova família, com ruptura de seus vínculos biológicos com os pais e parentes naturais”, refletindo conseqüentemente no poder familiar, que passa a ser “assumido pelo adotante, com todos os deveres respectivos” (VENOSA, 2010, p. 297).

Na mesma linha de pensamento, RIZZARDO declara que “desaparecem todas as ligações com a família natural. Nada mais ligará a criança ou o adolescente aos pais sanguíneos. Todos os liames com a família original são esquecidos e apagados”, de maneira que “o parentesco passa a ser o da adoção, ou seja, os parentes do adotado serão os dos pais adotantes” (RIZZARDO, 2009, p. 602).

GONÇALVES explica que a adoção:

promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consanguíneos, inclusive sucessórios, desligando-o, definitivamente e irrevogavelmente, da família de sangue, salvo para fins de impedimentos para o casamento (GONÇALVES, 2010, p. 402).

O vínculo familiar criado através da adoção é definitivo, de maneira que a morte do adotante não restaura os laços familiares com os pais naturais, conforme redação do artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Desta forma, compreende-se que “não pode o adotado desligar-se do vínculo da adoção. Nem ao adotante assiste a faculdade de desfazer o vínculo criado. Manter-se-á a relação perpetuamente”, de maneira que “sejam quais forem os eventos que ocorrerem, não se autoriza aos pais sanguíneos desconstituírem o liame criado” (RIZZARDO, 2009, p.603).

A adoção gera completa modificação no que diz respeito ao nome e à origem sanguínea do menor, conforme redação do artigo 47, §5º: “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente).

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Sergipe conforme verifica-se no julgamento da apelação civil:

Apelação Cível - Ação de Retificação de Registro Civil - Certidão de nascimento - Alteração do nome do menor. Possibilidade prevista no art. 47, § 5º, do ECA. Nos autos foi verificado que a criança atende pelo nome atribuído pelos adotantes. O nome não faz parte apenas do registro civil, mas do acervo psicológico e emocional do indivíduo. Sendo justo o motivo para a alteração do nome, bem como inexistindo prova de que isso ocasionará prejuízo à criança e a terceiros, inexistindo razão para não acolher o pedido do apelante.47§ 5ºECA (BRASIL. Tribunal de Justiça do Sergipe).

Corroborando o texto legal, ROSENVALD dispõe que a procedência do pedido de adoção,

implica na mudança do sobrenome do adotado que, a toda evidência, passará a ter os nomes patronímicos do adotante. É direito do adotado ter no nome patronímico de seus pais.[...]
Por isso, estabelecido o estado de parentesco pela adoção, consectário lógico é a mudança de nome, inclusive podendo se alterar o prenome, de modo a permitir ao adotado sentir-se, realmente, vivenciando uma nova fase de sua vida (ROSENVALD, 2011, p. 1036-1037).

Insta salientar que o adotante terá a guarda do adotando, pois sem a qual torna-se dificultoso o desenvolvimento da educação e personalidade do adotado, sendo portanto, normal a prestação alimentícia e o direito de visita na hipótese de desconstituição da sociedade conjugal, relativamente ao cônjuge com o qual não permanecerá o filho (RIZZARDO, 2009).

A adoção reflete também no âmbito patrimonial e sucessório, de maneira que o adotado torna-se herdeiro do adotante, tal como disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41, §2º, que determina ser “recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”. Desta forma não há lugar para qualquer tipo de discriminação, podendo também pleitear alimentos ou ser demandado para provê-los (VENOSA, 2010).

Como explica PEREIRA,

a adoção põe termo a todos os direitos e obrigações dela decorrentes. A substituição assenta em que o adotado ingressa no lar do adotante na

condição de filho, e, por conseguinte, opera-se em substituição no campo do poder familiar, da prestação de alimentos, dos direitos da personalidade e do direito sucessório. Portanto, o adotante poderá ser herdeiro do adotado, assim como na forma do art. 1.839, o adotado poderá ser herdeiro dos parentes do adotante (PEREIRA, 2010, p. 435).

Há que se destacar a existência de trabalhistas e previdenciários quando da adoção, sendo assegurado à adotante o salário-maternidade e o benefício previdenciário a ser pago pelo INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), conforme dispõe o artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho: À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade (DIAS, 2010).

Ainda sobre tais efeitos destaca NADER que:

A empregada que adotar ou assumir a guarda judicial para fins de adoção de criança [...] faz jus à licença-maternidade, que é de 120 dias. [...] Além da licença-maternidade, o adotante faz jus ao salário-maternidade, à vista do art. 71-A da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social.

[...]

O reconhecimento da licença-maternidade se justifica, considerando-se a necessidade de a mãe adotiva dispensar maior atenção à criança, logo na fase inicial da guarda. Igualmente o benefício previdenciário, em face das despesas que o período de adaptação impõe (NADER, 2010, p. 338).

Destarte, nota-se que o instituto da adoção gera inúmeros reflexos que transcendem as pessoas nela envolvidas, de maneira que “o adotado adquire os mesmos direitos e obrigações de qualquer filho: nome, parentesco, alimentação e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização” (DIAS, 2010, p. 477).

3 A ADOÇÃO NO CUMPRIMENTO DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA ACERCA DA FILIAÇÃO EVENTUAL

3.1 A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE FILHOS

Antes da vigência da Constituição Federal de 1988, os filhos havidos fora do casamento ou adotivos, além de taxados de “ilegítimos”, não possuíam os mesmos direitos que aqueles concebidos no casamento, sendo que tal preconceito, como destaca NADER, se dava em razão da necessidade de “valorizar o casamento, protegendo-o contra fatos que pudessem abalá-lo”. Tratava-se, na verdade, de evidente injustiça, pois “considerava-se relevante o casamento, ao mesmo tempo em que se condenava ao desamparo o ser inocente, humilhado ainda por não ostentar o nome paterno” (NADER, 2010, p. 278).

Com o advento da Constituição Federativa de 1988, tal distinção entre filhos foi extinta, pois a Carta Magna passou a dispor em seu artigo 226, §6º que “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” (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Destarte, colocando fim a um período de discriminação entre filhos, o texto constitucional foi um divisor de águas ao estabelecer a igualdade entre os filhos, pois estes passaram a ter, legalmente, as mesmas prerrogativas, independente de sua origem ou da situação jurídica de seus pais, afastando assim tanto o caráter discriminatório existente no Código Civil de 1916, bem como os privilégios concedidos a uma ou outra pessoa em razão da simples existência de casamento (ROSENVALD, 2011).

O supracitado dispositivo constitucional é interpretado por GAMA da seguinte forma:

A Constituição extinguiu – ao prever que os filhos (independentemente do estado civil de seus pais) deverão ter as mesmas qualificações e que é proibido o emprego de qualquer designação discriminatória – toda a parte do sistema anterior de filiação que restringia o estabelecimento dos vínculos de paternidade-filiação e de maternidade-filiação [...] Desse modo, desde

outubro de 1988, é perfeitamente possível o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, sendo irrelevante a origem da filiação (GAMA, 2008, p. 338).

Na lição de GONÇALVES:

O dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotivos [...] Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações (GONÇALVES, 2011, p. 23).

Outra não é a opinião de MADALENO, ao destacar que o dispositivo constitucional consagra o princípio da igualdade entre os filhos pois estabelece:

um novo perfil na filiação, de completa igualdade entre todas as antigas classes sociais de perfiliação, trazendo a prole para um único e idêntico degrau de tratamento, ao derogar quaisquer disposições legais que ainda ousassem ordenar em sentido contrário para diferenciar a descendência dos pais (MADALENO, 2011, p. 469).

Pontua VENOSA que:

A equiparação da filiação interessa fundamentalmente ao idêntico tratamento que faz a lei no tocante ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas quanto à origem da procriação. A distinção entre filiação legítima e ilegítima possui modernamente compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória (VENOSA, 2010, p.226).

Na mesma linha de pensamento observa Cláudia Lima Marques que:

a Constituição brasileira, ao consagrar o princípio da igualdade dos filhos, o fez de maneira bastante peculiar. Em primeiro lugar, tratou de positivamente afirmar a igualdade de direitos independentemente da origem dos filhos (havidos ou não da relação de casamento ou por adoção), e, em segundo lugar, negativamente, através da proibição de designações discriminatórias. A disciplina que consta do art. 227, § 6º, da CF foi delineada nos tribunais anteriormente, demonstrando a sensibilidade da jurisprudência brasileira voltada para a situação da qualificação dos filhos, que, por fim, alçou foro constitucional (MARQUES, 2009).

Desta maneira, a supremacia da igualdade alcançou os vínculos da filiação, como declara DIAS, ao afirmar que “em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais” (DIAS, 2010, p. 66).

A publicação da Lei 8.069 de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou o princípio da isonomia entre filhos ao estabelecer no artigo

20 a mesma redação constante da Lei Maior, demonstrando assim o firme propósito de abolir por inteiro qualquer dúvida porventura ainda existente sobre o tema (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

O princípio da igualdade da filiação foi também recepcionado pelo Código Civil de 2002, que descreve em seu art. 1.596 o mesmo texto previsto na Constituição Federal de 1988, não havendo assim nenhuma inovação no que diz respeito à paridade da filiação, posto que esta já havia estabelecido todas as bases para a completa igualdade das relações de filiação (MADALENO, 2011).

Como aponta ROSENVALD,

a igualdade entre os filhos, muito mais do que simplesmente proclamar a isonomia no reconhecimento de direitos patrimoniais e sucessórios, “traduz nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento, cuja compreensão faz-se indispensável para a correta exegese da normatividade aplicável às relações familiares” (TEPEDINO, *apud* ROSENVALD, 2011, p. 560).

Acrescenta ainda o doutrinador que:

No que tange à adoção, a norma constitucional (art. 277, §36º) implantou significativo avanço, afastando o seu caráter contratual. Em decorrência, o filho adotivo ganhou tratamento igualitário, sendo tratado sem nenhuma distinção em relação aos filhos biológicos, inclusive sendo assegurado o direito sucessório que, outrora, lhe era negado (ROSENVALD, 2011, p.910).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região destacou a importância da igualdade no tratamento entre filhos no âmbito da adoção no seguinte julgamento:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES. CONCESSÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 557§ 1º CPC- A Lei 10421, de 15.04.2002, reforçando a igualdade entre os filhos, estendeu o direito ao salário-maternidade (auxílio-adoção) e à licença-maternidade à mãe adotiva, mediante o acréscimo do art. 71-A.

[...]

Embora o nascimento da criança e o Termo de Entrega sob Guarda serem de data anterior à edição da lei em questão, deve-se recorrer, por analogia do disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, que protege de forma igualitária os direitos dos filhos, independentemente de origem, fazendo expressa referência aos filhos adotivos. 227§ 6º Constituição Federal - As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região:

SERVIDORA FEDERAL. ADOTANTE. LICENÇA-MATERNIDADE E PRORROGAÇÃO. AMPLIAÇÃO DOS PRAZOS.

O tratamento desigual entre mães e filhos, adotados e biológicos, ainda que emanado de norma legal, infraconstitucional, viola os objetivos constitucionais previstos no IV do art. 3º que é promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação; o art. 5º onde consagra-se o princípio da igualdade, além do art. 227, o 6º que declara de forma expressa a igualdade de direitos entre filhos adotivos e biológicos e por conseguinte de suas mães, pelo que dentro de uma interpretação sistemática, em harmonia com a ordem constitucional, conclui-se que a Constituição Federal resguarda o direito da mãe, independente da origem do vínculo materno, à licença prevista no art. 7º, XVII, na integralidade de seu prazo, ou seja, 120 dias. Sob o mesmo fundamento faz jus a adotante a gozar a prorrogação da licença pelo período completo, de 60 dias previsto na Lei n. 11.770/2008 que instituiu o Programa de Prorrogação da Licença à gestante e à adotante (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região).

Diante da análise da ampla legislação existente acerca do tema, conclui NADER que:

em qualquer circunstância em que se verifique a filiação, a gama de direitos e deveres entre pais e filhos segue regulamento único. Sob o prisma da lei, distinção não há entre filho consanguíneo e adotivo, entre o concebido em casamento, união estável, concubinato ou em relação eventual (NADER, 2010, p. 278).

Portanto, compreende-se que o direito contemporâneo elimina de forma absoluta qualquer distinção no tratamento entre filhos, independentemente de sua origem ou do contexto de seu nascimento, devendo estes receber igual tratamento e ter seus direitos reconhecidos e respeitados.

3.2 DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA ACERCA DA FILIAÇÃO EVENTUAL

O Código Civil de 2002 assim declara em seu artigo 1.799:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão (BRASIL. Código Civil de 2002).

Em muitas legislações, a regra predominante é a de que para adquirir por testamento a pessoa deve estar viva quando da morte do testador. Contudo, a legislação brasileira dá permissão para que não somente o já concebido quando da

morte do testador possa adquirir por testamento como também a prole eventual de pessoas designadas pelo mesmo, desde que vivas quando da abertura da sucessão, sejam alcançadas pelo mesmo direito (VENOSA, 2010).

A respeito de tal disposição, pontua RIZZARDO que:

Depreende-se que não se dá a contemplação de pessoas não concebidas, mas deixa-se pendente a possibilidade de ficarem favorecidos filhos que irão nascer de pessoas especificadas no ato de disposição de ultima vontade (RIZZARDO, 2009, p. 252).

Destaca ainda o mencionado jurista que:

O testador indica a prole que terão determinadas pessoas, reservando-lhe a participação ou o quinhão na herança que no futuro se abrir. É evidente que se trata de uma previsão incerta e condicional. Opera-se a sucessão unicamente se nascerem os filhos da pessoa indicada (RIZZARDO, 2009, p. 254).

GAMA corrobora tal entendimento ao afirmar que:

Nessa hipótese, não existe a pessoa física (ou natural) vocacionada no momento da abertura da sucessão, mas o testador a indica na condição de futuros filhos de pessoas existentes na época da abertura da sucessão, o que é admitido na legislação codicista (GAMA, 2007, p. 222).

De acordo com DINIZ,

a lei permite que se contemple prole futura de um herdeiro instituído [...], pessoa ainda não concebida. Assim sendo, se o herdeiro nomeado existir por ocasião da abertura da sucessão, o legado estará assegurado ao filho que futuramente vier a ter (DINIZ, 2010, p. 184).

Neste sentido é o julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO.

LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO.

ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I – A análise da vontade do testador e o contexto em que inserida a expressão “filhos legítimos” na cédula testamentária vincula-se, na espécie, à situação de fato descrita nas instâncias ordinárias, cujo reexame nesta instância especial demandaria a interpretação de cláusula e a reapreciação do conjunto probatório dos autos, sabidamente vedados, a teor dos verbetes sumulares 5 e 7/STJ. Não se trata, no caso, de escolher entre a acepção técnico-jurídica e a comum de “filhos legítimos”, mas de aprofundar-se no encadeamento dos fatos, como a época em que produzido o testamento, a formação cultural do testador, as condições familiares e sobretudo a fase de vida de seu neto, para dessas circunstâncias extrair o adequado sentido dos termos expressos no testamento.

II – A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva.

III – Sem terem as instâncias ordinárias abordado os temas da capacidade para suceder e da retroatividade da lei, carece o recurso especial do prequestionamento em relação à alegada ofensa aos arts. 1.572 e 1.577 do Código Civil.

IV – O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar violação de norma constitucional, missão reservada ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Assim sendo, depreende-se do dispositivo legal que não há exigência de que a pessoa seja determinada quando da feitura do testamento, bastando apenas que tal determinação ocorra no futuro, ao tempo da abertura da sucessão (GONÇALVES, 2010).

CAHALI assevera que:

Apesar da ilação interpretativa preambular a respeito da incapacidade testamentária passiva dos que não foram concebidos – *nondum concepti* – até a morte do testador, a exceção estampada no inciso reproduzido escancara a admissibilidade de ser deferida deixo testamentária a pessoa sem sequer concebida, isto é, à prole eventual de pessoas determinadas, que estejam vivas ao tempo do falecimento do testador. [...] Assim, possível concluir que, muito embora não goze de capacidade aquele que ainda nem foi gerado, pode a prole eventual ser beneficiada pelo testador (CAHALI, 2007, p. 291).

O dispositivo legal em estudo vincula-se ao artigo 1.800, §4º do mesmo código, que assevera que caso “decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”, estabelecendo assim um prazo para a referida sucessão (BRASIL. Código Civil de 2002).

Como observa RIZZARDO, o referido dispositivo “contempla o caso de decaimento da sucessão se não concebida a pessoa designada no testamento em dois anos após a abertura da sucessão”, ou seja, “não se impõe a obrigação de aguardar indefinidamente o nascimento da prole eventual” (RIZZARDO, 2009, p. 254).

DINIZ assim manifesta:

A deixo, que beneficia prole eventual, valerá, mais sua eficácia dependerá de que o herdeiro esperado seja concebido e nasça com vida. Se decorrido dois anos após a abertura da sucessão, ele não for concebido, os bens que lhe foram destinados passarão aos herdeiros legítimos, exceto se o testador dispuser o contrário [...] Esse prazo de espera para que o herdeiro seja concebido, sob pena de perda do benefício testamentário, justifica-se plenamente, pois a deixo foi feita *sub conditione* (DINIZ, 2010, p.194).

A respeito do tema RODRIGUES alega que é admitida no direito brasileiro “a contemplação direta, em testamento, da prole eventual de pessoa designada, valendo a deixa se a eventualidade permanece ao se abrir a sucessão” e ratifica que o prazo de dois anos foi corretamente estabelecido pelo legislador, evitando assim a continuidade indefinida da disposição. Ainda no entendimento do supracitado jurista o referido prazo “diz respeito ao primeiro filho para que se concretize a disposição testamentária” (RODRIGUES, 2007, p.93).

VENOSA salienta que “o Código Civil de 2002 estabeleceu o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador [...]. O testador, portanto, pode fixar prazo diverso”, ou seja, tal prazo pode sofrer variações, desde que assim deseje o testador, prevalecendo o prazo determinado em lei na ausência de manifestação (VENOSA, 2010, p. 206).

Destarte, conclui-se que a deixa em testamento para pessoas ainda não concebidas, quando da abertura da sucessão, é medida excepcional, porém prevista na legislação, possibilitando assim que o testador beneficiem os filhos que futuramente certa pessoa vier a ter.

3.3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DA PROLE EVENTUAL SER FRUTO DA FILIAÇÃO CIVIL

Como anteriormente exposto, o Código Civil mostra ser possível a vocação de filhos ainda não concebidos – denominados de prole eventual – a fim de participarem do testamento, porém tal dispositivo legal encontra divergência de caráter interpretativo no que diz respeito à origem da prole eventual que poderá ser alcançada pela disposição testamentária (WALD, 2009).

Tal divergência reside no fato de que além do herdeiro biológico, poderia também alcançar tal posição o filho “de outra origem que não da consanguinidade – aí inserindo-se o filho adotado [...] e o filho resultante da posse de estado de filho”(GAMA, 2007, p.223).

A opinião doutrinária divide-se entre aqueles que com base no princípio da igualdade entre filhos entendem ser totalmente possível o filho adotivo ser herdeiro neste contexto, os que concordam com tal disposição na hipótese de silêncio do

testador e aqueles que abominam tal possibilidade, estes com base na interpretação literal da lei.

Tal divergência é registrada por José Heleno de Lima:

Existem discussões atuais, devido à incidência das normas constitucionais nos diversos ramos do Direito, se esta concepção seria obrigatoriamente a que dá origem à filiação natural ou se a palavra concepção poderia ser analisada de forma mais abrangente, sendo considerado o momento do estabelecimento da parentalidade, por adoção no caso, como o momento de concretização da condição suspensiva necessária a efetivar o direito resguardado (LIMA, 2012).

Entre os que defendem estar o filho adotivo inserido na prole eventual em virtude da regra princípioológica da isonomia na filiação, destaca-se o posicionamento de WALD, pois segundo o mesmo,

o Código Civil de 2002, além de não distinguir a origem do filho, deixa expresso que somente os filhos da pessoa indicada podem ser beneficiados, e não outros descendentes [...] o §6º do art. 227 da atual Constituição, no entanto, proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, eliminando, assim, todas as distinções outrora existentes (WALD, 2009, p. 152).

Na mesma linha de pensamento GAMA destaca que:

Deve-se considerar a incidência automática da regra princípioológica contida no art. 227, §6º, da Constituição Federal, com a igualdade material entre os filhos independente da origem [...] A expressão filhos ainda não concebidos, inserida no art. 1.799, I, do Código Civil de 2002, somente pode ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988 [...] Logo, não podem ser excluídos da capacidade testamentária passiva especial do art. 1.799, I, do Código, os filhos fruto da adoção (GAMA, 2007, p. 223).

No mesmo sentido PEREIRA salienta que “não mais cabe recusar essa legitimação aos filhos adotivos, como outrora e noutros sistemas se propunha” deixando claro assim ser favorável à inclusão do adotivo na prole eventual (PEREIRA, 2010, p.210).

Afirma também Anna Carolina Piras que os filhos adotivos:

também serão enquadrados no conceito de prole eventual, caso sejam adotados dentro do prazo de dois anos do falecimento do autor da herança. Por óbvio, não há mais como se admitir distinção entre os filhos, sejam havidos na constância de casamento, união estável, relações esporádicas ou adotivos. Sendo o adotado filho do progenitor indicado pelo testador, fará ele jus ao direito sucessório estabelecido naquele ato de última vontade. Ante a tal circunstância a declaração de impotência ou a idade avançada a impedir a concepção podem em determinados casos não ser suficiente para se desconsiderar o prazo de dois anos estabelecido. Nesse caso, necessário se comprovar a intenção e medidas tomadas para se adotar (PIRAS, 2012).

Também Alana Ramos Araujo defende que:

diante do que informa a dignidade da pessoa humana a igualdade dos filhos, advoga-se o reconhecimento do filho adotando como sendo prole eventual [...] Entendimento diverso poder-se-ia ser considerado um atentado contra a dignidade da pessoa humana refletida no princípio da igualdade dos filhos (ARAÚJO, 2012).

De forma singular, VENOSA entende ser possível que o filho adotivo seja também incluído no rol de legitimados passivos, desde que o testador não faça nenhuma referência ou distinção, pois apesar de se correr o risco de a adoção acontecer apenas para obtenção do benefício, cabe ao testador excluir de forma expressa os filhos oriundos da adoção, caso não os queira como beneficiários (VENOSA, 2010).

Ademais, conclui o jurista afirmando que:

o filho adotivo, conforme nosso ordenamento, se insere no conceito de prole, aliás atendendo ao que a atual Constituição pretendia. [...] É evidente que as leis não foram criadas para serem fraudadas. A intenção do legislador foi a melhor, ou seja, não permitir qualquer diferença entre as espécies de filiação. Se a adoção, mesmo na nova legislação ocorre com a finalidade precípua de se inserir alguém na deixa testamentária, incumbe ao juiz impedi-lo (VENOSA, 2010, p.205).

Há, porém, os que entendem tratar-se de caso de restrita interpretação legal, uma vez que a expansão do leque de abrangência poderia ensejar a prática da adoção unicamente com intuito de obtenção de benefícios patrimoniais, perdendo a mesma seu caráter humanístico.

Deste modo se posiciona DINIZ, ao entende que o dispositivo legal não abrange o filho adotivo, de maneira que:

Diante do estágio atual da lei, o testador deveria excluir o filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender a finalidades econômicas, gerando problemas emocionais à criança adotada para tais fins, ante a não aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança. E, além disso, é preciso atender a vontade do testador, que poderá ter assim disposto para dar continuidade ao seu patrimônio, em razão de vínculo de consanguinidade (DINIZ, 2010, p. 194).

Segue a mesma linha de pensamento Bruna Fernandes Coêlho, ao declarar que “quando o testador se refere à prole eventual, não se pode considerar filho adotivo como tal, tendo referido-se o legislador aos descendentes biológicos”, ou seja, o testamento neste contexto seria direcionado somente àqueles que possuam

uma ligação biológica com o testador, excluído os que não possuem esta condição (COELHO, 2012).

No mesmo entendimento, Jair ZALESKI expõe que:

O filho adotivo não está compreendido na exceção do Novo Código Civil, artigo 1.799, I, [...]. Isso porque de outra forma, seria fácil burlar a disposição testamentária, onde a relação de adoção desviaria a herança, que seria deferida a pessoa inteiramente alheia ao testador, sendo que a prole eventual a que se refere o artigo 1.799, é apenas a descendência natural (ZALESKI, 2012).

Uma solução possível para resolução do conflito de normas existente é a apresentada por ARAÚJO, de acordo com a qual a adoção “somente será admitida se constituir efetivo benefício para o adotando, tendo em vista, inclusive, a determinante presença do princípio do melhor interesse da criança”, de forma que caso haja dúvidas sobre as reais intenções do adotante, tal pedido deverá ser indeferido (ARAÚJO, 2012).

No campo da jurisprudência não foram encontrados julgados a respeito do tema sob análise.

Destarte, verifica-se a diversidade de entendimento no que diz respeito às disposições de última vontade do testador quando este decide incluir entre os beneficiários a prole eventual, trazendo à baila diferentes posicionamentos doutrinários, todos com propósito de encontrar a real interpretação do dispositivo legal.

Nota-se portanto que se trata de um conflito principiológico cuja linha de interpretação adotada trará reflexos definitivos no âmbito do direito familiar e sucessório, devendo, portanto, o intérprete da norma analisar singularmente cada caso apresentado, tomando como parâmetro principal a decisão que melhor atender ao interesse e bem estar do adotando, devendo para tanto utilizar os meios adequados para apuração das reais intenções do adotante, a fim de evitar que a adoção seja efetivada com base em interesse na obtenção de vantagem oriunda de cláusula testamentária.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, num primeiro momento mostrar que a adoção encontra-se atrelada ao direito sucessório, uma vez que ali teve sua origem. Apesar de ser fruto de uma necessidade religiosa e cultural, qual seja, a continuação do culto doméstico e transmissão das tradições familiares, o direito sucessório estabeleceu-se definitivamente com o intuito de transmitir aos herdeiros o patrimônio do *de cuius*, a fim de que aqueles continuassem sua administração.

Conforme exposto, a sucessão testamentária esteve presente principalmente no Direito Romano, local em que o instituto da adoção também teve seu maior desenvolvimento, tendo assim sua parcela de influência no direito civil brasileiro, posto que neste foi admitida a hipótese de o autor dos bens dispor dos mesmos através do testamento, não ficando o mesmo vinculado à sucessão legítima.

Através da explanação sobre o desenvolvimento da entidade familiar, procurou o trabalho enfatizar a estrutura da família moderna, uma vez que esta encontra-se muito além do vínculo biológico existente, abarcando modalidades familiares antes rechaçadas pelo constituinte.

Neste contexto grande destaque tem o instituto da adoção, pois é pautado nos princípios basilares da Carta Magna, especialmente no que diz respeito à igualdade entre filhos.

Neste ponto se estabelece a controvérsia a respeito da possibilidade de o filho oriundo da adoção poder integrar a prole eventual prevista no artigo 1.799, I, do Código Civil, havendo divergência doutrinária a respeito da interpretação do dispositivo legal, uma vez que há aqueles que admitem tal possibilidade com base no princípio da igualdade na filiação, bem como os que entendem que se trata de disposição ligada à consanguinidade, não sendo possível estender o alcance ao filho adotivo.

Destarte, no caso prático deverá o julgador analisar primordialmente a solução que demonstrar ser mais favorável ao adotando, observando qual o interesse que move a adoção, se meramente econômico, hipótese em que deverá ser repellido, ou humanístico, devendo neste caso ser acolhido o pedido.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Alana Ramos; DANTAS, Jéssica Medeiros; PEDROSA, Maria Amélia Mendes. Admissibilidade do reconhecimento do filho adotivo como prole eventual para fins de substituição fideicomissária. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6509>. Acesso em 04 out. 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 14 out. 2012.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em 14 out. 2012.

_____. Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14 out. 2012.

_____. Lei nº 883/49 de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.

_____. Lei Nacional da Adoção nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 132, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, 14 de outubro de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STF, Brasília, outubro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70024027773, da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 14 de junho de 2011. **Lex:** Jurisprudência do TJRS, Rio Grande do Sul, junho de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70045637030, da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 10 de abril de 2012. **Lex:** Jurisprudência do TJRS, Rio Grande do Sul, junho de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 1016085-53.2011.8.19.0002, da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2012. **Lex:** Jurisprudência do TJRJ, Rio de Janeiro, setembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1263015, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 26 de junho de 2012. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, junho de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1096324, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, 10 de maio de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, maio de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1172067, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 14 de abril de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, abril de 2010.

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Cível nº 2012208633, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe, 04 de junho de 2012. **Lex:** Jurisprudência do TJSE, Sergipe, junho de 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Apelação Cível nº 0007234-61.2002.4.03.6105, da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, 27 de agosto de 2012. **Lex:** Jurisprudência do TRF3, São Paulo, agosto de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 203137, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, 12 de agosto de 2002. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, agosto de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.508, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 27 de junho de 2005. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, junho de 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, 10 de agosto de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, agosto de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 8285636, da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 30 de março de 2012. **Lex:** Jurisprudência do TJPR, Paraná, março de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 7779320, da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 05 de julho de 2011. **Lex:** Jurisprudência do TJPR, Paraná, julho de 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região, Mandado de Segurança nº 8300 do Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região, 24 de março de 2010. **Lex:** Jurisprudência do TRT14, Rondônia, março de 2010.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 432 p.

COÊLHO, Bruna Fernandes. Aspectos gerais da adoção na legislação brasileira. **Bonijuris Online**. Disponível em <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaPreEstreia.do?idPreEstreia=587>. Acesso em 24 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. 672 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 435 p.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 749 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 638 p.

_____. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 498 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 577 p.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 728 p.

LAGINSKI, Valdirene; BASSI, Denis Ricoy. As regras da adoção na Legislação Brasileira, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Síntese: Direito de Família.** São Paulo, v.12, n. 61, p. 128-144, ago./set. 2010.

LIMA, José Heleno de. Prole eventual – Uma herança certa para uma pessoa incerta. **Direito de Família – Blog de Dimitre Soares.** Disponível em <<http://dimitresoares.blogspot.com.br/2012/03/artigo-prole-eventual-uma-heranca-certa.html>>. Acesso em 24 set. 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011, 1211 p.

MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade de qualificações entre filhos. **Revista Igualdade XXVI.** Disponível em <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_1_3.php>. Acesso em 24 set. 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das sucessões.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 556 p.

_____. **Curso de Direito Civil: Direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 599 p.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 623 p.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões.** 15. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 454 p.

PIRAS, Anna Carolina. Legitimação sucessória da prole eventual. Disponível em <<http://annapiras.blogspot.com.br/2011/04/legitimacao-sucessoria-da-prole.html>>. Acesso em 04 out. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.1058 p.

_____. **Direito das Sucessões.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 815 p.

RODRIGUES, Silvio. **Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2007. 353 p.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1001 p.

STÜMPFLE, Claudine Lang. Comentários sobre a decisão do supremo tribunal federal que decidiu que casais do mesmo sexo em um relacionamento estável serão considerados como entidade familiar. **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 59, n. 404, p. 125-131, junho de 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Método, 2011, 1356 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 436 p.

_____. **Direito Civil: Direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 499 p.

WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 346 p.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 408 p.

ZALESKI, J. A adoção no Brasil – Evolução do Instituto até a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. 2010. 97f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, Florianópolis.