

ADOÇÃO POR DUAS PESSOAS E A DE MAIORES DE 18 ANOS

DÉCIO XAVIER GAMA

Desembargador Aposentado TJ/RJ

A Doutrina não é unânime sobre a natureza jurídica da adoção. Aludiram muitos autores à natureza contratual da adoção, com atenção maior à solução privativística mais antiga da questão, mas os doutrinadores mais modernos se encaminharam para tratá-la como instituto de ordem pública, que depende, em cada caso, da vontade individual (Antônio Chaves – **Adoção e Legitimação Adotiva**, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, p. 18). Clóvis Beviláqua, comentando o Código Civil, deu à adoção o sentido de um mero ato civil solene, fundado na vontade das partes.

As relações contratuais têm conteúdo econômico e o vínculo adotivo aponta para relações de caráter espiritual, moral e afetivo. Quando realizada por escritura pública e entre adultos, poder-se-ia admitir na adoção algo como se fosse contrato, tanto mais que cabível o seu desfazimento. Contudo, o instituto goza, hoje, da assistência do Poder Público na forma da Carta Constitucional de 1988 e o parentesco civil, nascido da adoção em qualquer espécie, cria uma relação jurídica idêntica às que nascem entre os pais e os filhos biológicos, segundo a Carta (art. 227 § 5º e 6º). Basta acrescentar que o vínculo da adoção, conforme o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, se constitui pela inscrição da sentença judicial no Registro Civil, no caso de adoção plena para a criança até 18 anos e, por escritura pública, no caso da adoção restrita ou simples, cabendo ao juiz competente autorizar a sua inscrição também no Registro por força do mesmo dispositivo constitucional (§ 5º do art. 227).

O CÓDIGO CIVIL E A ADOÇÃO – A adoção foi introduzida em nossa legislação com o Código Civil (art. 368/378), havendo, contudo, referência ao instituto na “Consolidação das Leis Civis” nos art. 1635 a 1640. Além de a matéria haver sido tratada em Códigos da antigüidade (Manu e Hamurabi), muitos Códigos de países diversos já haviam reerguido as

indicações do Direito Romano sobre a adoção, a maioria deles tornando-a possível apenas a pessoas de mais idade, ou seja, de mais de 40 e alguns de até mais de 60 anos. Pelo art. 368 de nosso Código, o direito de adotar foi permitido a pessoas maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada. Essas e outras restrições ao exercício desse direito dificultavam que se apresentassem famílias substitutas para acolher crianças carentes de um perdido ambiente familiar. Contudo, andando o tempo, foram sendo afastados tais empecilhos de nossa legislação.

Cinquenta anos era idade muito elevada, pois muitos casais não desejavam aguardar tanto, para realizar o sonho de ter um filho como seu, não importa se por um ato civil. A idade mínima de 50 anos era exigência que cerceava aqueles que quisessem receber, como seu filho, a criança que também precisava de ser acolhida em família, na mais nobre troca de afeto e de aperfeiçoamento moral. Impunha-se uma espera para idade dos pais adotivos, em regra, muito além do momento em que os filhos nascem do casal e crescem depois, vendo os pais ainda plenos de vida e disposição para acompanhar-lhes o crescimento.

A inexistência de prole anterior era também exigência inconcebível porque nada justificava que marido e mulher, por já terem filho natural ou legítimo, ficassem impedidos de fazer integrar à sua família um ou mais filhos não nascidos deles próprios. Os laços de filiação e de afeição recíproca que se criam entre pais e filhos adotivos e mesmo entre uns e outros irmãos, levam, naturalmente, a afastar os receios antigos de ser negativa a presença na família daqueles irmãos de leite diverso.

Não pode ser negativa essa presença de irmãos criados todos com desvelo e o mesmo devotamento pelos pais. Não procede também um outro fundamento segundo o qual a lei fazia distinção entre o direito à herança deferida para filhos biológicos e o nenhum direito reservado para os filhos adotivos de participar da mesma herança. Era odiosa discriminação entre filhos, havidos ou não da relação do casamento, que também deixou de existir, andando ainda mais o tempo, em razão hoje da perfeita igualdade de direitos e qualificações estabelecida na Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) e no E.C.A (art. 41). Sem risco hoje, portanto, de ser embaraçoso ou constrangedor para irmãos, o momento de se conferirem os direitos de participar da mesma herança no seio da família.

ADOÇÃO POR DUAS PESSOAS - O Código dispôs, também, que ninguém podia ser adotado por duas pessoas, salvo se forem **marido**

e mulher (art. 370). Não se modificando a regra a esse respeito desde então, tem-se que, por força de lei, a duas pessoas do mesmo sexo, não será permitido adotar por ato simultâneo ou conjunto. Dentro de princípios consagrados e compreensíveis, a criança deve ingressar em família que normalmente aspira a ter, com pai e mãe a dar-lhe carinho, manutenção, amor e sobretudo acompanhar-lhe o crescimento. Uma pessoa só, viúva, solteira ou separada do cônjuge, residindo só ou não, pode perfeitamente se constituir em uma família e ter amor e tudo mais para dar a uma criança que recebe como filho. Mas, normalmente para a criança, **se duas pessoas desejam adotá-la**, devem ambas surgir aos olhos dela como seus novos pais de eleição, nas figuras do pai e da mãe, casados ou em união estável, suprimindo o que lhe faltava na vida de sonhos e de carências.

Pretensões de adotar criança por duas pessoas do mesmo sexo já foram apresentadas em Juízo e decisões respeitáveis podem levar em conta a igualdade de todos perante a lei para o deferimento de tal pedido. Contudo, a adoção tem em vista, a todos os títulos, o interesse e vantagens do adotado, como é da índole do instituto, não eventual direito dessa ou daquela pessoa (art. 43 do E. C. A). Não pode ser vantajoso para o adotado crescer tornando-se adolescente e adulto, em dúvida quanto a saber quem seria seu pai e sua mãe.

AS ANTIGAS E AS NOVAS OBJEÇÕES AO INSTITUTO - Na época dos debates sobre o Projeto do Código Civil, muitos juristas se pronunciaram contra a introdução de normas que regulariam a adoção no Brasil. Segundo assinala Clóvis Bevilácqua, sustentavam alguns que o instituto iria servir apenas para que fossem adotados filhos espúrios, atentos a que o art. 358 do Código vedava o reconhecimento de incestuosos ou adúlteros. Ocorre que adoção e reconhecimento de filho são coisas diferentes, e nem de analogia se pode cogitar entre a vedação do art. 358 e a adoção permitida em lei. De outro lado, se o gesto de adotar servisse para uma reparação mínima da violência de que resultou o nascimento do adotado já por isso haveria motivo para aprová-la.

Registre-se que a lei hoje autoriza expressamente o reconhecimento pelos pais, conjunta ou separadamente, de filhos havidos fora do casamento, qualquer que seja a origem de sua filiação, no próprio termo do nascimento, por testamento, ou mediante escritura ou outro documento público (Art. 26 do E.C.A. e art. 1º, da Lei nº 8.560, de 29/12/1992, que regula a Investigação de Paternidade).

Talvez se pudesse compreender essas e outras posições contrárias à adoção para a mentalidade do início do século, quando sobreveio a demorada elaboração e a vigência do Código (1º de janeiro de 1917). A novidade, é que, ainda hoje, haja profissionais do direito que levantam dúvidas sobre a utilidade ou conveniência de se admiti-la em nossa legislação, sem perceber os sentimentos afetivos recíprocos e profundos que nascem também entre pais adotivos e os filhos adotados. É não atinar para o alto sentido do dar e do receber entre pais e filhos de eleição; talvez, muito mais do receber pelos pais, na maioria dos casos, ao contrário do que muitos imaginam.

Com efeito, em julgamento na Apelação Cível nº 4.976/93, da Segunda Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro, foi apelante a Doutora Curadora de Família, que não se conformou com o deferimento, em primeira instância, da averbação de adoção por escritura pública, de uma moça de 22 anos de idade, por senhora viúva de 65 anos. Essa foi a Ementa do Acórdão de que fui relator, segundo as conclusões da Câmara:

“ADOÇÃO DE PESSOA MAIOR DE IDADE.

Averbação no registro civil deferida. Entendimento da Curadoria de Família de que foi revogada a adoção simples prevista no Código Civil, porque a Lei nº 8.069/79 (ECA) previu apenas a adoção plena. Opinião inaceitável, ainda, da apelante de que a adoção é “instituto supérfluo” e que “dele não carecem as pessoas que desejam amparar filhos de outrem ou proteger criaturas desvalidas”. Desconhecimento da verdadeira finalidade da adoção. Manutenção da sentença”.

Como se verifica, membro do Ministério Público, na década de 1990, ainda se colocava em posição contrária a medida legal com origem que se perde na noite dos tempos (Códigos Manu, Hamurabi e Direito Romano). A legislação de muitos países de avançada cultura, como França, Itália e outros aperfeiçoou sempre o instituto e o introduziu em seus sistemas jurídicos. Supérflua também a adoção não pode ser, tal é a evolução legislativa que se encaminha para estimular e facilitar os processos de seu deferimento.

Errônea é a visão de que “as pessoas se valeriam da adoção para amparar filhos de outrem ou para proteger criaturas desvalidas”. Não há dúvida de que no mundo todo, segundo estatísticas atuais da O.N.U., morrem de fome 24.000 pessoas por dia e que, desse total, 75% são crianças de até 5 (cinco) anos (<http://www.thehungersite.com.index.html>). Só esse dado seria

suficiente para se demonstrar que é grande a responsabilidade de toda a sociedade e governos de todo mundo, de lutar contra esse fato triste (a fome que mata crianças) e de muitos outros, como saúde, educação, orfandade etc., nada tendo isto a ver com o gesto de alguém receber para integrar em sua família, como filho seu, aquele menor que perdeu ou está a perder a sua família de origem. Apesar das sombrias estatísticas sobre a miséria e a fome no mundo e no Brasil, do abandono e de carências na vida da infância, “há mais casais desejando adotar que crianças adotáveis” segundo registram as longas filas de espera do Juizado da Infância e da Juventude. (Alyrio Cavallieri, **Direito do Menor**, p. 99, Ed. Freitas Bastos)

Como justificar aquela posição contrária a medida social e familiar de tanto alcance? Não se pode imaginar que seja insensibilidade para o problema de interesse de muitas crianças sem família e de numerosos casais no Brasil, mas será talvez um desconhecimento do mundo de amor na filiação adotiva, repassada de carinho e mútua compreensão, entre pais e filhos de eleição. Desconhecimento provável de que tudo aí se passa tal e qual ocorre entre os pais e filhos biológicos, talvez resquícius do mito de sangue que não desaparece.

Os autores se referem ao mito do sangue que, desde os tempos mais antigos, o homem insiste em preservar. A adoção acaba com esse mito, pois é comum que os sentimentos do filho e pais adotivos podem nivelar-se aos do filho e de pais biológicos, ou, em certos casos, sobrepujá-los. Por motivo daquele mito, segundo o destacado menorista e magistrado ímpar Alyrio Cavallieri, em sua obra notável já citada (p. 97/98), alguns grupos na sociedade procuraram introduzir ritos com os quais as mães adotivas tentavam fugir da diferença a que as levava aquele mito, portando-se como mãe natural. Como exemplo desse procedimento citou aquele autor o da mulher dos Tuaregues: “Quando a mãe vai criar uma criança que lhe foi entregue, chega-a ao peito, coloca-a entre a sua pele e as suas roupas, faz com que ela escorregue por baixo até as suas pernas, simulando um parto e submetendo-se ao tabu sagrado, ou seja, ao mito do sangue”. O autor ainda se referiu à instigante tese de João Batista Villela, a respeito da desbiologização da paternidade, que segundo Alyrio Cavallieri, “é uma tentativa de diminuir o mito de consangüinidade, deixando de lado a suprema importância atual da origem biológica do filho, para dar o devido valor à paternidade - sentimento, afeição, amor”. (obra cit. p. 98)

Por último, ainda, sobre a adoção de pessoa maior de 21 anos, não procede o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente a revogou tacitamente, só porque não se referiu a ela. O novo diploma legal cuidou da criança e adolescente em situação irregular, regulando a sua adoção, mas se cingindo ao menor até 18 anos, naturalmente, salvo se já tiver sob guarda ou tutela dos adotantes (art. 40). Não cabia em seu contexto referir-se a questão diversa de seu objetivo que era a criança. Não vedou a adoção de pessoa maior de idade. Não há, portanto, revogação expressa também dos art. 368 a 377 do Código Civil. A esse respeito, comentando o § 5º do art. 227 da Constituição (v. 7, p. 423 de seus **Comentários** - Ed. Saraiva, 1995), afirma PINTO FERREIRA:

“É incontestável que tanto o C.C. como o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam o instituto da adoção. O primeiro regulando a adoção restrita e o segundo, a denominada adoção plena. Daí a afirmativa de José de Abreu: “O que me parece indubitável é que os dois tipos de adoção (restrita e plena) perduram, com vigência em nosso direito positivo, como aconteceu na época do então vigente Código de Menores (O Divórcio no Direito Brasileiro, Obra cit. p.17)”.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA, no tocante à adoção restrita, também assinala a sobrevivência dos dispositivos do Código Civil com as modificações de redação de leis posteriores:

“A medida exige, ainda, o expresso consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando que, na sua falta, será suprida pela expressa autorização do Juiz, a exemplo de pais desconhecidos ou destituídos do Pátrio Poder (art. 45 do ECA).

Quanto aos maiores de 18 anos, são adotadas as regras do Código Civil, no caso de Escritura Pública prevista no art. 375 do CC e esta só terá valor se homologada pela Autoridade Judicial, após ouvido o Ministério Público, atendendo assim a determinação constitucional (art. 227 § 6º) de ser a Adoção assistida pelo Poder Público.” A ADOÇÃO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGAIS PARA A ADOÇÃO INTERNACIONAL (Revista da Faculdade de Direito da UERJ, nº 2, 1994).

Resta, por último, a argumentação respeitável sobre a igualdade atual dos direitos entre adotados, a que se refere o § 6º da Constituição de 1988. Contudo, igualdade de direitos, no caso, não importa em se imaginar proibida a adoção de maiores, por escritura pública, ainda que ela seja submetida ao Juiz para o deferimento de sua inscrição no Registro Civil, como parece plausível. Não importa também em se empregar procedimento idêntico para todas as espécies de adoção, se elas são admitidas sob procedimento diverso na lei.

A LEGISLAÇÃO POSTERIOR AO CÓDIGO CIVIL - Muitas mudanças se operaram nas regras do Código sobre a matéria. A primeira delas pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, que deu nova redação aos seus art. 368, 369, 372, 374 e 377. Por essa lei, os maiores de 30 e não mais de 50 anos, desde que não tivessem filhos, já podiam adotar. Reduziu-se a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, de 18 para 16 anos e estabeleceu-se na lei que duas pessoas casadas só poderiam adotar, uma vez decorridos 5 anos do casamento. É de se ressaltar que o nosso primeiro Código de Menores, que se constitui mais em uma consolidação das leis de assistência e proteção a menores, baixada pelo Decreto nº 17.943-A de 12/10/1927, não tratou da adoção e nem de alguns outros procedimentos relacionados com a família substituta, como seja a guarda e a tutela. A grande obra do Primeiro Juiz de Menores do Brasil, Mello Mattos, teve mais em mira o menor abandonado, sua assistência e proteção, bem como as medidas aplicáveis no caso de seus atos infracionais.

No tocante à inexistência obrigatória de filhos anteriores à adoção, a nova lei fez cessar a exigência, mas, ainda impôs que “a relação de adoção não envolvesse a de sucessão”. É que ainda vigorava aquela distinção de direitos à herança entre filhos legítimos e adotivos, definitivamente afastada pela Carta Magna de 1988 (art. 227).

LEGITIMAÇÃO ADOTIVA - A etapa seguinte nas alterações havidas na legislação sobre a matéria, se deu com a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, que constituiu grande e notável atualização das regras da adoção. Por ela se introduziu a legitimação adotiva do filho de eleição com a idade de até 7 anos, só conferida aos pais legitimantes depois de processo regular, com investigação social e mediante sentença que deveria ser inscrita no Registro Civil. Não mais se cogitava de escritura pública para essa espécie de adoção, tanto mais que o ato era irrevogável.

A legitimação adotiva provinha do Direito francês (Lei de 1939), que passou a denominar-se filiação adotiva por lei de 1966. Foi ela aprimorada e implantada em 1945 no Uruguai. No Brasil, surgiu 20 anos depois, como norma que se antecipou a outras incluídas no Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79). A legitimação adotiva de menor se fazia com a condição de que os legitimantes já o tivessem sob sua guarda pelo período mínimo de 3 anos. Com essa lei deu-se efeito constitutivo à sentença concessiva da medida e os filhos adotivos eram equiparados aos filhos legítimos quanto aos direitos e deveres estabelecidos em lei (art.7º), salvo no caso de sucessão, se concorresse com filho superveniente à adoção. Essa Lei se relacionava com o Direito do Menor e a sua matéria, de certo modo, foi incorporada ao revogado Código de Menores que vigorou por 11 anos (de outubro de 1979 a outubro de 1990).

O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 - A Lei nº 6.697, de 10/10/1979, de vida efêmera (revogada pelo ECA de 1990), instituiu novo Código de Menores, que dispôs sobre assistência, proteção e vigilância a menores. A adoção, regulada na Subseção V e VI da Seção I, “Das Medidas Aplicáveis ao Menor” foi dividida em duas espécies: Adoção Simples e Adoção Plena, com os respectivos procedimentos. Em ambos os casos se cuidava de **adoção de menor em situação irregular**, na qual se devia observar o estágio de convivência com os adotantes. A “Adoção Simples” se regia pela lei civil e, se deferido o pedido do interessado, concedia o Juízo o alvará para ser lavrada a **escritura pública** de adoção para ser averbada no Registro Civil. Na “Adoção Plena” os requerentes, cujo matrimônio deveria ter mais de cinco anos, um dos cônjuges, pelo menos, deveria ter mais de trinta anos. O adotado deveria ter até sete anos, salvo se já estivesse sob a guarda dos adotantes quando completou aquela idade. Com essa espécie de adoção, o filho se desligava de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Distinguia-se a adoção simples da plena, principalmente porque esta última era irrevogável, e a sentença concessiva da adoção (plena) tinha efeito constitutivo e seria inscrita no Registro Civil. Além de se desligar de qualquer vínculo com os pais naturais e parentes, o adotando se equiparava aos filhos biológicos em direitos e deveres. Nada disso acontecia na adoção simples.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - O E.C.A. cuidou da adoção apenas de menores de até 18 anos (art. 39 a 52) e in-

cluiu o instituto entre os DIREITOS À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA da criança e do adolescente. Pelo Estatuto, a par da família natural com filhos biológicos havidos ou não da relação de casamento, vem a família substituta, que abrange a guarda, a tutela e a adoção. À criança adotada, em qualquer caso, são assegurados, indistintamente, os mesmos direitos e qualificações, vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O novo diploma menorista modernizou o sistema de adoção, flexibilizando o prazo de convivência com o adotado. Pelo art. 46 do Estatuto, esse prazo deve ser fixado pelo Juiz que pode até dispensá-lo se o adotado não tiver mais de um ano de idade. Também se reduziu a idade mínima dos adotantes para 21 anos, sendo mantida a irrevogabilidade da adoção já prevista na Lei nº 4.655/65 e no Código de 1979, em ambos os casos para a adoção plena.

No tocante ao direito sucessório, foi mais radical o Estatuto. Não resta mais, atualmente, qualquer distinção, quanto a esse direito, nem mesmo entre os adotivos e os filhos biológicos sobrevivendo à adoção. Estabelece o seu art. 41, § 2º: “É 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”. Considerando o que dispõe o texto constitucional (art. 227, § 6º) quanto a nenhuma distinção de direitos entre os adotados, é claro que aquele dispositivo do ECA, também se aplica aos adotados regidos pelo Código Civil.

O Estatuto instituiu condições principais para adoção do menor: existir reais vantagens para o adotando e fundar-se o ato em motivos legítimos. Assim, foi proibida a adoção a ascendentes e a irmãos do adotando. Era comum que os avós adotassem, o neto com a finalidade simplesmente de lhe dar amparo econômico e previdenciário sem que a criança tivesse convivido com o adotante ou sequer se desvinculasse da moradia com a família natural. Por mais que se considerasse bem intencionado o ato dos avós, não se estava dando ao menor uma família substituta. Portanto, não era de se desejar que continuasse a ocorrer essa prática, porque, o que se passava era uma dissimulação, desvirtuando-se a finalidade do instituto. O art. 41 estabelece também que a adoção desvincula a criança adotada de seus pais e parentes, salvo sobre os impedimentos matrimoniais. Naquelas adoções por ascendentes, o adotado permanecia residindo com os pais naturais que continuavam, de fato, com o pátrio poder.

ADOÇÃO INTERNACIONAL - Por último, registre-se que o Estatuto estabeleceu normas que não existiam até então, sobre a adoção por estrangeiros. A adoção internacional fica condicionada a estudo prévio e análise de uma Comissão Judiciária, que manterá registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção e fornecerá um laudo de habilitação para instruir o processo no Juízo competente. No Estado do Rio de Janeiro, foi criada e já se acha em funcionamento, para isto, a Comissão Estadual Judiciária para Adoção (CEJA), como, praticamente, aconteceu em todos os estados do país.

Andou bem o legislador em prever a adoção internacional, com os cuidados que hoje se toma em cada estado pela Comissão Judiciária. Surgem, vez por outra, manifestações também contrárias a uma adoção por estrangeiro, sempre com a alegação descabida de se estar ferindo os brios nacionais, com a saída de menores brasileiros para viverem no exterior, quando o país deveria estar preparado para ampará-las. Todavia, as filas de casais brasileiros à espera de oportunidade de adoção, não objetivam, em regra, receber crianças adotáveis por estrangeiro por motivos conhecidos. Não se justificam, de qualquer forma, as manifestações de espíritos patrióticos em tal sentido, tanto mais que se conhece a realidade da infância em nosso país e os interesses do menor devem ser observados sob o aspecto humano e universal e não de forma restrita a esse ou àquele território. Imenso é o Brasil e muito grande é o número de crianças que necessitam de famílias substitutas. Aqui e em todos os países do terceiro mundo. ◆