
Artigo publicado na Revista dos Tribunais, ano 79, Dezembro de 1990, vol. 662, p. 31-40, São Paulo, SP (artigo de acordo com a legislação então vigente à época)

NOTAS SOBRE A ADOÇÃO¹

HUGO NIGRO MAZZILLI

Promotor de Justiça em São Paulo

SUMÁRIO: 1. Conceito e evolução do instituto. 2. A adoção do Código Civil. 3. A adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente; 4. Considerações complementares: 4.1 Situação de proteção; 4.2 Citação ou dispensa de citação dos pais; 4.3 Adoção por estrangeiros; 4.4 Competência territorial; 4.5 Competência funcional; 4.6 Avós adotivos; 4.7 Concubinato e adoção; 4.8 Direito de visita; 4.9 Adoção por avós e tios; 4.10 Cônjuges separados e viúvos; 4.11 Sucessão; 4.12 Morte dos adotantes. 5. Observações finais.

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A adoção, por qualquer de suas atuais formas, é ficção jurídica que estabelece entre adotante e adotado uma relação de paternidade e filiação.

Com as excessivas exigências originariamente previstas no Código Civil de 1916, estava fadada a ser instituto sem a penetração esperada (somente o maior de 50 anos, sem descendentes legítimos ou legitimados, poderia adotar, e desde que fosse pelo menos 18 anos mais velho que o adotado; cf. arts. 368 e s.).

Mesmo com as modificações trazidas pela Lei n. 3.133/57, ainda se ficou a meio caminho para uma real simplificação (a idade do adotante foi reduzida para 30 anos; a diferença de idades foi atenuada para 16 anos; permitiu-se a ado-

ção mesmo se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, mas sem envolver sucessão hereditária; estipulou-se que ninguém poderia adotar, sendo casado, senão decorridos 5 anos do casamento).

Com a Lei n. 4.655/65, pretendeu-se dar um passo maior, criando-se uma forma de adoção mais ampla, então chamada de “legitimação adotiva”, pela qual o adotado ficava quase com os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorresse com filho legítimo superveniente à adoção. Foi ainda solução insatisfatória, porque muito formalista e de acanhada utilização.

Foi com a Lei n. 6.697/79, que instituiu o Código de Menores, que se trouxe maior progresso na matéria: a) afora a *adoção* do Código Civil, passou-se a admitir uma forma de *adoção simples*, autorizada pelo juiz e aplicável aos menores em situação irregular (arts. 27 e 28); b) substituiu-se com vantagem a legitimação adotiva pela *adoção plena*, com diversas alterações no instituto (arts. 29 a 37).

De forma louvável, a Constituição da República aboliu a diversidade de efeitos para as várias formas de adoção (art. 227, § 6º). Entretanto, não se tornaram incompatíveis com a nova ordem constitucional as diversas formas de *obter* a adoção: nesse ínterim, continuou a haver os três procedimentos básicos para adotar. A partir da nova Constituição, porém, o que não mais se pode distinguir são os *efeitos* de uma ou de outra forma de adoção; sob esse aspecto, foram todas as formas de adoção equiparadas.

Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), que revogou o Código de Menores, não só ampliou o próprio campo de abrangência da adoção, ao acolher a *teoria da proteção integral* em lugar da mera proteção ao *menor em situação irregular*, como também unificou as duas formas de adoção previstas no revogado Código de Menores (ou seja, a adoção plena e a adoção simples), cuidando agora apenas de uma só: a *adoção* (arts. 39-52).

Nos termos do art. 39, *caput*, da Lei n. 8.069/90, a adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto no Estatuto. Para os efeitos deste último, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º). Desta forma, subsiste a adoção do Código Civil para as demais hipóteses, conquanto mantida a identidade de efeitos para quaisquer formas de adoção (CR, art. 227, § 6º).

2. A ADOÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

São as seguintes as peculiaridades da adoção do Código Civil:

Forma. Só se faz por escritura pública (art. 375), depois averbada no registro civil (art. 29, § 1º, “e”; Lei n. 6.015/73, art. 102, n. 3), sem intervenção do juiz (RJTJSP, 29:187, 82:35, 90:407; RT, 457:82). Devem comparecer à escritura o adotante e o adotado, ou o representante legal deste, se nascituro; admite-se que o consentimento do adotado não necessite ser formulado num só ato com o do adotante (RTJ, 45:473; RJTJSP, 17:354, 22:210, 49:33, 51:29; RF, 96:292; cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 1983, t. 10, p. 183).

Adotante². Uma só pessoa pode adotar; duas só o poderão se forem marido e mulher, casados há mais de cinco anos (arts. 368, e parágrafo único, e 370). Um só dos cônjuges pode adotar (RJTJSP, 23:87; Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentário ao art. 370). Se os dois cônjuges adotarem, o consentimento não precisa ser simultâneo (RJTJSP, 51:28). Solteiro, viúvo, separado ou divorciado também pode adotar. É necessário que o adotante tenha mais de trinta anos e seja ao menos dezesseis anos mais velho que o adotado (arts. 368 e 369). Não se supre, porém, o consentimento do adotante (Pontes de Miranda, *Tratado... cit.*, t. 10, p. 183).

Adotado. A adoção do Código Civil se aplica agora somente a nascituros ou, então, a adotandos maiores de dezoito anos, mesmo que se trate de adotando capaz (no sistema da anterior Lei n. 6.697/79, somente se poderia adotar um menor, pelas regras do Código Civil, se estivesse ele em situação regular, com representante legal, caso contrário caberia adoção simples pelo Código de Menores: RJTJSP, 76:373). Poderá, pois, ter o adotando qualquer idade acima de dezoito anos, desde que compatível com a do adotante (art. 369). Poderá ver alterado seu sobrenome, não o prenome (Lei n. 3.133/57, art. 2º). Um cônjuge pode ser adotado sem o consentimento do outro (Pontes de Miranda, *Tratado... cit.*, t. 10, p. 187). Como se disse, o nascituro também pode ser adotado (art. 372).

Efeitos. O parentesco civil, antes da Constituição de 1988, limitava-se ao adotante e adotado, salvo quanto a impedimentos matrimoniais. Entretanto, em face do art. 227, § 6º, da nova Lei Maior, “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”. Assim, se todos os filhos estão em condição de igualdade, incluindo-se os filhos adotivos, haverá parentesco

civil entre estes e os demais irmãos adotivos ou filhos naturais do casal adotante, bem como entre aqueles e os parentes dos adotantes.

Em face da nova ordem constitucional, o parentesco civil criado pela adoção não se limita a adotante e adotado.

Embora a Constituição proíba distinções entre as diversas formas de filiação, a nosso ver seria forçar a natureza humana negar alguns últimos laços que prendem o adotado à família de sangue, como os impedimentos matrimoniais (corretamente ressaltados no art. 41 da Lei n. 8.069/90) ou mesmo o dever de prestar alimentos, como já o anotava a doutrina, embora sob a ordem constitucional anterior. “Não desaparecem, entretanto, os laços naturais que o prendem (o adotado) à família de sangue. Não se extinguem os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, exceto o pátrio poder, que se transfere para a adotante” (Orlando Gomes, *Direito de Família*, Forense, 1981, p. 387). Por isso, a nosso ver não seguira a melhor orientação o acórdão publicado na RJTJSP, 46:38, ao negar alimentos a menor adotado que os pedia ao seu pai de sangue (cf., a propósito, Antônio Chaves, *Adoção...* cit., n. 80 e 99).

Pode essa forma de adoção, obtida nos termos do Código Civil, ser dissolvida contratual ou jurisdicionalmente (arts. 373 e 374).

3. A ADOÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Quanto à *adoção*, a que se refere o Estatuto da Criança e do Adolescente, além dos requisitos do art. 165 da Lei n. 8.069/90, há aqueles específicos mencionados nos arts. 39 e s. do Estatuto (cf. art. 165, parágrafo único).

Forma. Só pode ser decretada por sentença (art. 47), após requerimento dos adotantes, formulado por meio de advogado (cf. arts. 39 e s. e 206) e instruído com os dados do art. 165; pressupõe estágio variável (art. 46; cf. tb. RJTJSP, 67:383); no processo, é mister ouvir-se o Ministério Público (art. 201, III), sob pena de nulidade (art. 204). Decretada a adoção, expede-se mandado para cancelamento do registro original, lavrando-se novo assento de nascimento (art. 47, § 2º). É vedada a adoção por procuração (art. 39, parágrafo único). A adoção exige o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, consentimento este que é dispensado se os pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do pátrio poder (art. 45 e § 1º).

Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento (art. 45, § 2º).

Adotantes. Agora, segundo o art. 42 da Lei n. 8.069/90, podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.³ Não podem fazê-lo, porém, os ascendentes e os irmãos do adotando (Estatuto, art. 42, § 1º). Embora isto atenda às mais atuais recomendações da doutrina, contraria até mesmo um certo costume nas regiões interioranas. Por outro lado, a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º). Os divorciados ou os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, se acordarem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência se tenha iniciado na constância da sociedade conjugal (art. 42, § 4º). Apenas um dos cônjuges ou concubinos pode adotar o filho do outro; nesse caso, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes (art. 41, § 1º). Em qualquer hipótese, porém, mantêm-se a exigência de que o adotante seja pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotando (art. 42, § 3º).

Adotado. Poderá sê-lo o menor de até dezoito anos, no máximo, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40); neste último caso, enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou curador adotar o pupilo ou curatelado (art. 44).

Efeitos. Pelo sistema do antigo Código de Menores, a adoção plena, pela primeira vez em nosso direito, já tinha conferido irrestrita situação de filho, com todos os direitos e obrigações, ao adotado (CM, arts. 29 e 37), fazendo cessar os vínculos anteriores com os pais de sangue (então subsistindo, apenas, os impedimentos matrimoniais, cf. art. 29 do Código de Menores, e, em nosso entender, os encargos alimentares). Essa situação subsistiu em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que a nova Constituição, em seu art. 227, § 6º, concedeu cabal equiparação de direitos e qualificações a todos os filhos, mesmo os adotados, qualquer que seja a modalidade de adoção. Extinguem-se, por isso, as relações de sucessão com os parentes de sangue, outras surgindo em decorrência do parentesco civil pleno (ECA, art. 41, § 2º). Permite-se a alteração do prenome e sobrenome (ECA, art. 36). É tal forma de adoção irrevogável⁴ por vontade de adotantes e adotado (ECA, art. 48).

4. CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES

Cabem aqui algumas considerações complementares a respeito da adoção⁵.

4.1 Situação de proteção

Ao tempo do Código de Menores, a situação irregular do menor devia ser aferida à data em que este fora recolhido pelos adotantes (RJTJSP, 83:359).

Embora se pudesse questionar tecnicamente este entendimento, parece-nos o que melhor se adaptava aos fins a que se destinava o diploma protetivo de menores. Com efeito, depois de providenciada a tutela ou a delegação do pátrio poder, agora em lar substituto o menor podia até ter ficado em situação regularizada, com representação legal, recebendo os cuidados de alimentação, vestuário, higiene, educação, lazer etc. Ora, os procedimentos do Código de Menores eram mais ágeis ou então menos burocratizados. Pretender que todas as demais medidas de interesse do aludido menor devessem nesse caso passar para o juízo cível comum (adoção do CC) teria sido, a nosso ver, optar pelo procedimento menos adequado ao acompanhamento do caso iniciado perante o juízo de menores.

Hoje a questão felizmente não mais se coloca, pois qualquer adoção de criança ou de adolescente se rege pela Lei n. 8.069/90 (arts. 39 e s.), a qual, abandonando a distinção entre menor em *situação regular ou irregular*, passou a adotar a chamada *teoria da proteção integral*.

4.2 Citação ou dispensa de citação dos pais

Se os pais já não estiverem previamente destituídos do pátrio poder, será necessária sua citação em procedimento contraditório; vale anotar que a adoção pressupõe a perda do pátrio poder pelos pais de sangue (cf. RJTJSP, 84:326). Se os pais comparecerem ao feito para consentir, têm-se como citados. Por outro lado, embora a lei dispense naturalmente o consentimento dos pais, se desconhecidos (ECA, art. 45, § 1º), isto não elide a necessidade de que se faça sua citação editalícia, para obter-se o devido processo legal. No caso de já estarem os pais destituídos do pátrio poder, seu consentimento à adoção também não é exigível (ECA, art. 45, § 1º); contudo, a nosso ver, isso não dispensa a necessidade de sua citação.

As hipóteses de eventuais dispensas de citação não devem ser admitidas,⁶ por violar o devido processo legal, ou seja, redundam em serem os pais de

sangue mais que destituídos do pátrio poder; com ela, vêm cortado qualquer vínculo jurídico com os filhos, eliminando-se todos os direitos e deveres com relação aos filhos de sangue, sem terem tido sequer oportunidade de contraditar as alegações nem se defender.

Desde que haja controvérsia efetiva ou virtual sobre a guarda, a posse ou a própria adoção, o devido processo legal será indispensável, com as regulares citações.

4.3 Adoção por estrangeiros⁷

O art. 227, § 5º, da Constituição Federal dispõe que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

Certamente em virtude das sérias dificuldades de seu controle, tem havido uma espécie de má-vontade de juízes e curadores, bem como da doutrina e até do legislador sobre esta modalidade de adoção, com o que se olvida, porém, o outro lado da questão, qual seja, o de que, sem ela, muitas vezes o menor não teria efetivamente um lar. Com acerto, porém, criminaliza-se o ato de promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior, com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro (ECA, art. 239).

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção (art. 31). De qualquer forma, como é vedada a adoção por procriação (art. 39), exige-se um salutar contato pessoal dos pretendentes à adoção com o juiz e com o curador da infância e da juventude. Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade (art. 46, § 2º). O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem (art. 51, § 1º). A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência (art. 51, § 2º). Antes de consumada a adoção, não será permitida a saída do adotando do território nacional (art. 51, § 4º). Em havendo apelação da sen-

tença concessiva de adoção, terá ela efeito suspensivo (art. 198, VI). A chamada *adoção internacional* poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente (art. 52).

4.4 Competência territorial

A competência territorial para processar o pedido de adoção, na forma do Código de Menores, era determinada pelo domicílio dos detentores da guarda do menor (art. 88, I; RT, 605:34); pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a ser determinada pelo domicílio dos pais ou responsável, ou pelo lugar onde se encontre a criança ou o adolescente, à falta dos pais ou responsável (art. 147), cabendo à Justiça da Infância e da Juventude conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes (art. 148, III).

4.5 Competência funcional⁸

A competência funcional é do juízo comum, em primeira instância, e de Câmara da 1ª Seção Civil do Tribunal de Justiça local, em segunda, nas questões relativas à adoção segundo o Código Civil (RJTJSP, 70:269, 82:35; RT, 603:54). Em se tratando de adoção segundo a Lei n. 8.069/90, a competência é do juiz da infância e da juventude (ECA, art. 148, III) e, em segundo grau, da Câmara Especial do Tribunal de Justiça local (RJTJSP, 92:382-3, 97:393-4; RT, 601:51, 602:108, 603:52, 605:29).

Pelo sistema do Código de Menores havia dois tipos de recursos⁹: o *recurso administrativo*, previsto no art. 115 (contra atos expedidos com base no art. 8º, ou contra decisões relativas a medidas de vigilância previstas nos arts. 48 a 58, ou contra penalidades previstas nos arts. 63 a 74) e o *recurso de instrumento*, previsto no art. 116 (contra decisões proferidas nos procedimentos de verificação da situação irregular do menor). Em ambos os casos a competência recursal — aliás, extensiva a todos os processos da jurisdição especial de menores — passara a ser da Câmara Especial do Tribunal de Justiça local¹⁰, o que incluía conhecer não só recursos sobre a matéria em comento (adoção pelo Código de Menores), como recursos ou mandados de segurança contra decisões de caráter administrativo-jurisdicional, previstas nos arts. 115 a 117 do Código de Menores (RT, 583:329).

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, simplificou-se o sistema recursal, que passou em linhas gerais a ser o do Código de Processo Civil (art.

198 e incisos); da sentença concessiva de adoção, caberá apelação, no prazo de dez dias (art. 198, II), que será recebida, conforme o caso, com efeito suspensivo (art. 198, VI) e independentemente de preparo (art. 198, I). À guisa do que já ocorria em caso de agravo, mesmo nos casos de apelação poderá haver juízo de retratação (art. 198, VII e VIII).

4.6 Avós adotivos¹¹

Muita controvérsia tinha gerado a figura dos “avós adotivos”¹² na adoção simples (na plena, já era prevista no § 1º do art. 35). Parte da jurisprudência se inclinava contrariamente (RJTJSP, 29:67, 42:202, 57:197, 82:200), em entendimentos nem sempre unânimes (RJTJSP, 18:96, 42:202, 54:32, 57:197, 75:146).

Creemos que a interpretação que atingia melhor fim social já era aquela que admitia a averbação do nome dos pais dos adotantes como avós do adotado (RJTJSP, 8:51, 12:112, 27:133, 39:43, 40:37-8, 53:162, 58:150, 73:142, 80:255, 82:35; RT, 417:159, 433:76, 501:58, 519:65).

Ocorre que o § 6º do art. 227 da Constituição Federal, ao proibir qualquer discriminação entre os direitos e as qualificações dos filhos, entre os quais os adotados, por certo assegurou agora integral parentesco entre o adotado e os parentes dos adotantes.

Afinal, não se trata de ocultar a verdade, mas de prestigiar ao máximo uma filiação civil que a própria Constituição agasalhou. Nada recomenda que na certidão de nascimento haja discrepância entre o nome dos pais adotivos e o dos avós de sangue, gerando embaraços e problemas para a integração do menor à nova família. Com efeito, as distinções entre as formas de filiação natural e civil, para fins de reconhecimento de direitos e qualificações, estão vedadas constitucionalmente, sendo que, em nome da tutela da intimidade, o acesso ao inteiro teor do ato de adoção só pode ser facultado a quem tenha legítimo interesse, a critério da autoridade judiciária (ECA, art. 47, § 4º).

4.7 Concubinato e adoção

A adoção por ambos os concubinos passou a ser admitida nas mesmas condições que a adoção por cônjuges (art. 42, § 2º).

Dentro de uma correta linha liberal, já se tinha admitido coexistissem na mesma certidão o nome do adotante, e o nome da mãe de sangue, concubina

do adotante (RJTJSP, 76:184). Aliás, a nova Constituição assevera que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º).

Agora, de forma expressa, o Estatuto da Criança e do Adolescente assevera que: “se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes” (art. 41, § 1º).

4.8 Direito de visita

Outrossim, tem-se corretamente admitido o direito de visita pelos pais de sangue com relação ao menor adotado (RJTJSP, 75:43, 76:39; RT, 562:75).

4.9 Adoção por avós e tios¹³

Também era discutida, mas melhor nos parecia a interpretação que permitia a adoção pelos avós ou tios (v. RJTJSP, 11:96, 12:84, 28:98, 31:90, 36:30; RT, 418:39; contra: RJTJSP, 9:226; v. também RT, 558:222-STF).

Agora, passou a ser expressamente vedada a adoção por ascendentes ou irmãos do adotando (art. 42, § 1º).

4.10 Cônjuges separados e viúvos

O Estatuto da Criança e do Adolescente refere que a adoção será deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de proferida a sentença (art. 42, § 5º); nesse caso, a adoção operará com força retroativa à data do óbito (art. 47, § 6º)¹⁴.

4.11 Sucessão

Desde o Código de Menores tinha ficado indiscutível que a adoção plena atribuía direitos hereditários ao adotado, em igualdade com os demais filhos, legítimos ou não (CM, arts. 29 e 37). Mas na adoção da lei civil e na adoção simples, o direito à sucessão vinha sofrendo contestação antes da Constituição em vigor (CM, art. 27; CC, arts. 377 e 1.605, § 2º).

Com o advento da Lei n. 6.515/77, alterou-se o art. 2º da Lei n. 883/49, passando ele a ser assim redigido: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

A doutrina dividira-se: enquanto Marco Aurélio S. Viana (*Teoria e Prática do Direito de Família*, Saraiva, 1983, p. 188), Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, 1985, v. 5, p. 262) e Antônio Chaves (*Adoção... cit.*, n. 101, p. 267) sustentavam que o filho adotivo herdava em igualdade de condições com os de sangue, outros doutrinadores entendiam que o filho adotivo não herdava, se concorresse com legítimos supervenientes à adoção (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil — Direito de Família*, Saraiva, 1985, v. 2, p. 269; Orlando Gomes, *Direito de família*, cit., p. 346-7); outros ainda sustentavam que o filho adotivo, concorrendo com legítimos supervenientes à adoção, receberia metade da herança cabível a cada um destes (Silvio Rodrigues, *Direito Civil — Direito de Família*, Saraiva, 1985, v. 6, p. 341; Arnaldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito de Família*, Revista dos Tribunais, 1985, p. 169-70; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições... cit.*, v. 5, p. 265; Zeno Veloso, artigo publicado na RT, 575/18; Jurandir Norberto Marçura e Roberto João Elias, artigos em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 124 e 153).

Na ocasião já nos parecia que, numa interpretação mais rígida e até mais técnica, se podia concluir que o art. 2º da Lei n. 883/49 se referia a qualquer natureza de filiação legítima ou ilegítima, pois que desta cuidava tal lei, apenas. Contudo, propugnávamos pela interpretação de maior alcance social, prestigiada pela própria redação genérica do art. 2º, ou seja, a de que o direito à sucessão devia ser igual para todos os filhos, qualquer que fosse a natureza da filiação.

Contudo, com o advento do § 6º do art. 227 da Constituição Federal, não há mais discutir que a Lei Maior equiparou todas as formas de filiação, incluindo-se expressamente a adoção, no que diz respeito aos mesmos direitos e qualificações dos filhos, sejam legítimos ou ilegítimos, decorrentes de filiação natural ou civil. Por sua vez, o art. 41 da Lei n. 6.069/90 também deixou claro que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios.

4.12 Morte dos adotantes¹⁵

A morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais, é o comando do art. 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. OBSERVAÇÕES FINAIS

Em síntese, visando essas notas a contribuir se possível para a difusão e utilização do instituto, poderíamos sugerir que, de ordem prática, os pretendentes à adoção atentassem para mais estes aspectos: a) nos casos em que cabível a adoção civil, havendo concordância dos interessados, a solução será imediata, com lavratura de escritura pública, independentemente de decisão judicial; b) se cabível a adoção segundo as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se atentar para os requisitos gerais do art. 165 e os específicos dos arts. 39 e s. da Lei n. 8.069/90, anotando-se as hipóteses em que é dispensável a concordância dos pais ou representante legal do adotando (art. 45)¹⁶; c) de bom alvitre é que os pretendentes à adoção procurem o juizado da infância e da juventude de sua cidade, para regularizar, em qualquer hipótese, a guarda do menor, que confere a condição de dependente inclusive para fins previdenciários (ECA, art. 33, § 3º) e já conta tempo para o estágio da adoção (ECA, art. 46).

Atente-se para a necessidade de manter em cada comarca ou foro regional um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e outro de pessoas interessadas na adoção (art. 50)¹⁷.

Também se devem orientar os interessados e tomar as providências necessárias para evitar o mau vezo de os casais, ainda que movidos por nobre intenção (a chamada “adoção à brasileira”), registrarem filhos alheios como próprios, o que, além de ser crime (cf. art. 242 do CP, com a redação da Lei n. 6.898/81), é solução que pode trazer sérios problemas (e geralmente mais tarde traz), inclusive com a nulidade do assento falsamente lavrado. Mormente hoje, quando a própria Constituição da República prestigia e iguala todas as formas de filiação, incluindo a filiação civil, não há por que deixar de efetuar corretamente a adoção.

Bem se vê, enfim, que a própria evolução do instituto e a tendência liberalizante da jurisprudência, da doutrina e do próprio legislador são uma mostra de como se deve interpretar a matéria: sempre num sentido mais flexível, para aprimorar a adoção, que até aqui não tem sido mais amplamente usada porque ainda poderia e deveria ser mais simplificada. Louve-se, porém, o avanço do constituinte de 1988, ao equiparar as formas de filiação, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao unificar as antigas formas de adoção constantes do Código de Menores.

Não se diga apenas que as conquistas do filho adotado revertem em prejuízo dos legítimos (na parte sucessória, p. ex.). Iguamente, não podemos ad-

mitir posições simplistas como a do Código Civil de 1916, que no seu art. 358 (felizmente derogado pelo art. 227, § 6º, da CF de 1988) fechou os olhos para a realidade, vedando o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, como se com isso eles deixassem de existir ou de ser procriados, e protegida ficasse a família legítima! Como se incestuosos e adulterinos fossem os filhos, e não incestuosos e adúlteros os seus pais!

A se prestigiar o formalismo em tal matéria, o que se continuará a ver será, infelizmente, o estiolamento do instituto da adoção, mantendo-se o atual estado de coisas: muito poucas adoções; muitos registros de nascimento a atribuir filiação falsa; muitos menores abandonados; muitas guardas de fato, de pessoas que não querem, nem podem sujeitar-se às inúmeras exigências para obter a adoção, que faça o menor, que já têm como filho, realmente amparado e integrado na sua família.

NOTAS

1. A versão originária deste artigo foi escrita por este autor em 1983 e publicada sob o título “As várias formas de adoção”, em diversos jornais, revistas e livros especializados: a) no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. de 11 abr. 1984, p. 33; b) na *Revista Forense*, vol. 289:443 (1985); c) na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo — RJTJSP (Lex)*, vol. 95:21 (1985); d) na revista *Justitia*, órgão oficial do Ministério Público do Estado de São Paulo, 133:26 (1986); e) na revista *MP*, órgão oficial do Ministério Público do Estado do Paraná, 11:681 (1987); f) em meu livro *Manual do Promotor de Justiça*, 1. ed., Saraiva, p. 132-43 (1987); g) na *Revista da Procuradoria-Geral*, Fundação Legião Brasileira de Assistência, Rio de Janeiro, 1(7):10, (1988).

Entretanto, bastante surpreendido, este autor leu na edição de 14 de maio de 1989, na p. 52 do jornal *O Estado de S. Paulo*, na seção *Tribunais*, o artigo “Formas de adoção”, creditado à advogada Ana Cristina Ribeiro Bonchristiano.

Sente-se o autor no direito e no dever de anotar que esse último artigo, em substância, é reprodução literal, não autorizada e sem citação de seu nome, do artigo original já referido, com firme protesto lançado em *O Estado de S. Paulo* na ocasião.

Por último, tendo em vista o fato da publicação de um trabalho, cujo original de sua exclusiva autoria datava de mais de cinco anos, sem se ter colhido sua autorização e, sequer, *sem as atualizações necessárias* — e agora no exclusivo proveito dos leitores —, deseja o autor deste artigo registrar que, por força do art. 227, § 6º, da Constituição da República, desde 5 de outubro de 1988 já tinham deixado de existir, mesmo para fins sucessórios, quaisquer diferenças de efeitos entre as formas de filiação adotiva, seja entre si (adoção, adoção simples ou adoção plena), seja em relação à filiação de sangue. Assim está redigido o dispositivo constitucional: “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”.

A este propósito, veja-se, ainda, artigo deste autor publicado em *O Estado de S. Paulo*, 21 mar. 1990, p. 16, intitulado “Resultado da adoção é uniforme”.

2. Discutia-se se pais ilegítimos, incestuosos ou adúlteros também podiam adotar; a nós sempre pareceu ser correta a resposta positiva (cf. Clóvis Beviláqua, *Código Civil...* cit., comentário ao art. 368; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Forense, 1981, v. 5, n. 414; Antônio Chaves, *Adoção, adoção simples e adoção plena*, Revista dos Tribunais, 1983, n. 51; RT, 44:176 e s.).

Entretanto, a Constituição de 1988 felizmente eliminou qualquer distinção entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º). Assim, não se vê agora como possam os pais adotar o próprio filho (ECA, art. 42, § 1º), restando inconseqüente a consideração de que sejam eles pais legítimos ou ilegítimos.

3. Anteriormente, pelo Código de Menores, só casais cujo matrimônio datasse de mais de cinco anos podiam adotar, embora o rigor desse prazo, então atenuado pela jurisprudência na RJTJSP, 5:165, 51:29, 58:27, 82:35, já viesse afastado pela própria lei, em caso de esterilidade de um dos cônjuges e estabilidade conjugal; cf. art. 32, parágrafo único.

Não mais é condição que não tenham filhos, como ocorria com a Lei n. 4.655/65 (RJTJSP, 70:41, 71:363, 84:42; RT, 543:30; AC 6.590-1, Botucatu, TJSP, 2ª Câmara, Rel. Toledo Piza, j. 23-12-1980). Somente em casos especiais, é que se admitia a antiga adoção plena a viúvo ou viúva, ou a separados judicialmente (CM, arts. 33 e 34), desde que obedecidos os requisitos legais (RI 35.854-0, TJSP, Câmara Esp.). Houve mesmo precedente jurisprudencial admitindo que cônjuge separado judicialmente adotasse de forma plena, mesmo sem o consentimento do outro (RJTJSP, 65:37). Divorciado ou solteiro, porém, não podia adotar plenamente, enquanto não se inserisse numa das hipóteses dos arts. 32 a 34 do Código de Menores. Os que tinham adotado na forma simples, podiam pedir que o ato se convertesse em adoção plena (RJTJSP, 83:359).

Todas essas restrições, portanto, deixaram de ter razão de existir.

4. O que não quer dizer que não possa ser judicialmente rescindida, nos casos dos vícios dos atos jurídicos em geral.

5. V. Antônio Luiz Ribeiro Machado, artigo na revista *Justitia*, 124:109; *Código de Menores Comentado*, Saraiva, 1986, p. 33 e s.; Arthur de Oliveira Costa Filho, Jurandir Norberto Marçura, Roberto João Elias, Márcio Cunha Berra, Paulo Afonso Garrido de Paula e outros, em *Temas de Direito do Menor*, Revista dos Tribunais, 1987.

6. A dispensa de citação dos pais de sangue, em algumas hipóteses de adoção pelo antigo Código de Menores, era sufragada pela jurisprudência: RJTJSP, 72:375; RI 1.815-0 — Lençóis Paulista, Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, 21-6-1982, v. u.

7. Sobre os prós e contras da adoção de menores por estrangeiros, bem como sobre a preferência à colocação dos menores em lares brasileiros, v. artigos de Arthur de Oliveira Costa Filho e Paulo Afonso Garrido de Paula, em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 81 e 200.

8. Cf., a propósito da competência do juízo de menores, embora antes da Lei n. 6.069/90, cf. artigo de Sérgio Neves Coelho, em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 51.

Anote-se que havia entendimento jurisprudencial no sentido de que a adoção plena só se admitia a menores em situação irregular, perante o juízo de menores (cf. RT, 603:54, 613:44 e 614:46). A nosso ver, porém, como a irregularidade da situação havia de ser aferida quando do momento em que o menor fora recolhido pelos adotantes, nada obstava à sua concessão mesmo que, quando desta, estivesse regularizada a situação do menor. A final, não se poderia punir o menor, impedindo-o de ser adotado plenamente, porque sua situação fora regularizada justamente pela oportuna intervenção do casal adotante.

É verdade que a discriminação de competências entre juízo comum e de menores não podia ser levada de forma extremada, pois em muitos casos a situação do menor já estava regularizada, por providências anteriores já tomadas pelo próprio juiz de menores, e mesmo assim, o pedido de adoção acabava sendo formulado perante este último; em outros casos, em que a rigor o menor poderia ter sido enquadrado numa das hipóteses do art. 2º do antigo Código de Menores, era proposto o pedido no juízo

de família. Recomendável era apreciar com certa flexibilidade a situação irregular, ora para não esvaziar a jurisdição civil ou, onde houvesse, das Varas de Família, ora para reconhecer a competência da jurisdição especial de menores (RJTJSP, 64:247 e 70:269); sobretudo, deviam-se abandonar excessivos formalismos nessa matéria, como já recomendado pelo antigo Código de Menores (Lei n. 6.697/79, art. 5º).

Felizmente a principal distinção entre as formas de adoção — diferença de efeitos — foi suprimida com o art. 227, § 6º, da Constituição da República; outrossim, a própria distinção entre *adoção simples* e *plena* também foi eliminada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

9. Cf., a propósito dos recursos no Código de Menores, artigo de Ana Lúcia Mutti de Oliveira Sanseverino, em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 67.

10. V. art. 4º do Assento Regimental n. 70, de 4 de maio de 1983, do TJSP, Pleno; v. também Provimento n. 29, de 23 de fevereiro de 1984, do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

11. V., a propósito, artigo de Jurandir Norberto Marçura, em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 92 e 114.

Não era correta alegação de que na adoção simples somente seria possível a averbação do nome dos adotantes como pais: a rigor, nem esta vinha prevista em lei alguma (RJTJSP, 53:162-3), de forma que, a se admitir a averbação do nome dos pais adotivos, também se podia e se devia agora fazê-lo em relação ao nome dos pais dos adotantes.

Esta questão ficou obviada pelo § 6º do art. 227 da Constituição, bem como pelos arts. 41 e s. do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque eliminadas as distinções de efeitos entre as formas de filiação, inclusive a adotiva.

12. Aqui, não estamos a nos referir à adoção *por avós*, matéria que logo mais será abordada diretamente, e sim sobre se, adotado um menor por terceiros, os pais dos adotantes passam ou não a figurar como avós do adotado.

13. V. artigos de Jurandir Norberto Marçura e Roberto João Elias, em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 110 e 168.

14. Ainda sob a égide do Código de Menores, sobre a adoção póstuma, v. artigo de Jurandir Norberto Marçura em *Temas de Direito do Menor*, cit., p. 106.

O Código de Menores revogado (Lei n. 6.697/79) já tinha permitido a adoção plena por cônjuges separados e até por viúvos (arts. 33 e 34).

Interessante era saber quem figurava como adotante nesses casos. Enfrentara a questão o Procurador de Justiça Antônio Carlos Marcato, sob a vigência do Código revogado:

“A lei específica permite a adoção plena *apenas e tão-só* a casais (art. 32), abrindo exceção aos viúvos e aos separados judicialmente, desde que a viuvez ou a separação sejam supervenientes ao início do estágio de convivência, cuja duração, nestes casos, é ampliada para três anos (arts. 33 e 34 — v. art. 31).

“Note-se que o menor será adotado por ambos os pretendentes, sejam eles casados ou estejam, à época do deferimento da adoção, já separados judicialmente.

“Surge, a esta altura, a seguinte indagação: se o menor for adotado por viúvo que preencha os requisitos do art. 33, a adoção produzirá efeitos apenas em relação a ele (e ao menor, evidentemente), ou, ao reverso, *tais efeitos retroagirão à data do início do estágio de convivência, atribuindo ao adotado a qualidade de filho — e sucessor — também do falecido?*

“Ademais, por qual razão a lei permitiria a adoção plena, por viúvos, apenas na hipótese prevista no art. 33, ampliando, além disso, o prazo do estágio de convivência de um para três anos?

“Não nos pareceria despropositada a afirmação de que a lei cerca tal adoção de tantas cautelas, em virtude do *efeito retroativo da sentença que a defere*, pois o vínculo de parentesco civil — e suces-

sório — diria respeito também ao *de cuius, que manifestara, em vida, a vontade de adotar a criança*, tanto que iniciara, com ela, o estágio de convivência.

“Em outras palavras, como a lei permite tal modalidade de adoção *apenas a casais*, ainda que não mais estejam vivendo em sociedade conjugal, não é absurda, nem risível, a conclusão ora exposta, com relação à adoção feita por viúvo” (parecer no RI 5.854-0, TJSP).

Parece-nos, entretanto, que essa lição devia ser recebida com reservas. Tanto no caso de a adoção plena ter sido requerida por ambos os cônjuges e, falecendo um deles no curso do processo, viesse só o outro a obter o deferimento do pedido, como no caso de já ter sido ela requerida por apenas um dos cônjuges, estando o outro falecido, em ambas as situações não nos parecia possível, à falta de comando legal expresso, aceitar a eficácia *ex tunc* da adoção, retroativa ao tempo de vida do cônjuge pré-morto.

Aceitando em parte as ponderações de Marcato, não seria despropósito admitir que, na hipótese do art. 33 do Código de Menores, os efeitos da adoção plena permitissem a inclusão do nome de ambos os ex-cônjuges como adotantes, ainda que postumamente com relação a um deles (caso contrário, não teria sentido a exigência de que o estágio de convivência se iniciasse em vida desse cônjuge); afinal, em tese tal solução já era possível, porque a adoção nada mais é do que uma ficção jurídica de filiação e paternidade. Contudo, levando em conta o *efeito constitutivo* da sentença concessiva de adoção plena (CM, art. 35), este último só poderia ser *ex nunc*. Jamais se poderia admitir, por exemplo, ao filho adotado na forma do art. 33 do Código de Menores, a qualidade de sucessor do cônjuge que morreu antes de completada a adoção: a capacidade de suceder é a do tempo da abertura da sucessão (CC, arts. 1.572 e 1.577) e, nessa época, ainda não havia filiação adotiva. Entender diversamente seria violar o direito adquirido dos verdadeiros herdeiros, assim considerados na época da abertura da sucessão. Nem se argumente que o *reconhecimento da paternidade*, ainda que póstumo, produziria efeitos *ex tunc*: aqui teríamos carga de *eficácia declaratória* (quer no ato voluntário de reconhecimento, quer na sentença de procedência da ação investigatória), enquanto na adoção a eficácia é *constitutiva*.

Nem o § 6º do art. 227 da Constituição Federal, por si só, tinha alterado este raciocínio, ao vedar distinção de direitos e qualificações entre os filhos, ainda que adotivos. Na verdade, a Constituição não assegurou efeito retroativo ao ato de adoção.

Os efeitos constitutivos decorrentes da sentença concessiva de adoção, também na hipótese da adoção prevista no art. 33 do Código de Menores, só operavam a partir da data do trânsito em julgado da sentença.

Com expressa mudança legislativa, porém, agora sim o Estatuto da Criança e do Adolescente admite às expressas a eficácia retroativa da adoção à data do óbito (art. 47, § 6º).

15. Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, havia ampla discussão a respeito da situação decorrente da morte dos adotantes, valendo transcrever a Ficha n. 556/PJ (pesquisa da Coordenação das Curadorias de Menores de São Paulo, do Ministério Público de São Paulo, jan. 1986):

“a) A morte do adotante não restaura o pátrio poder do pai natural, devendo o adotado ser posto sob tutela (RT, 141:627, 464:97; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, cit., v. 2, p. 267; Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., v. 6, p. 340; Alvino Lima, parecer publicado na RF, 92:281; Marco Aurélio S. Viana, *Teoria e Prática...* cit., p. 201; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil*, cit., v. 5, p. 279; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito de Família*, Max Limonad, 1947, v. 3, p. 172; J. V. Castelo Branco Rocha, *O pátrio poder*, Ed. Universitária de Direito, 1978, p. 319; Jefferson Dairbert, *Direito de família*, Forense, 1980, p. 313; Darcy Arruda Miranda, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, Saraiva, 1981, v. 1, p. 389).

“b) A perda do pátrio poder é considerada definitiva, não se restaurando pela morte do adotante. Não se justifica, todavia, esse mandamento legal, por evidente a superioridade de sua restituição ao pai natural à submissão do menor à tutela. (Orlando Gomes, *Direito de Família*, Forense, 1984, p. 345).

“c) Se o adotante vier a falecer, enquanto menor o adotado, o pai natural recobrará o pátrio poder durante a menoridade do filho (Vicente Sabino Júnior, *O menor, sua Guarda e seus Direitos*, 3. ed., BrasiliVros, 1980).

“d) O pátrio poder pode ser restabelecido por morte do adotante (RT, 529:219, 533:192; RJTJSP, 90:251)”.

Com a Lei n. 8.069/90, a questão passou a ter tratamento expresse, ficando claro que a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais (art. 49).

16. Sob o sistema do antigo Código de Menores, havia casos em que era possível adotar por uma das formas do procedimento verificatório simples, sem necessidade de citações, se os pais do menor tivessem concordado previamente por escrito ou termo nos autos com que o menor fosse adotado (cf. art. 96). O art. 96 ainda admitia o procedimento verificatório simples após estágio de um ano, em caso de menor em orfandade total ou não reconhecido pelos pais, ou após estágio de três anos de guarda, ainda que de fato, nas demais hipóteses.

17. No sistema da Lei n. 6.697/79, quanto aos menores nascidos em maternidades, quando a mãe ou os pais tivessem declarado concordar com que fossem postos futuramente sob tutela ou adoção, era recomendável que os administradores dos hospitais tivessem a boa cautela de colher tal declaração por escrito, presenciada por testemunhas idôneas a subscrever o ato, o que facilitaria posterior regularização da situação do menor.

Outrossim, podem e devem hoje os administradores dos hospitais (ou um preposto) providenciar o registro de nascimento do menor quando os pais não o fizerem, com isenção de custas, mediante declaração de que é pobre a parte interessada — o menor (Lei n. 6.015/73, arts. 30, 46, § 2º, e 52, n. 4). É oportuno orientarem-se os administradores dos hospitais nesse sentido, para credenciarem assistentes sociais, por exemplo, para esse importante serviço.

Por fim, anatem-se as obrigações que a lei impôs aos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes (ECA, arts. 10, 228-9).