

Adoção.

Histórico. Tratamento dispensado, inicialmente, ao instituto pela legislação civil pátria: Código Civil de 1916 e Código de Menores de 1979. Nova visão dada ao instituto pela Carta Magna de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora. Membro do Conselho de Vitaliciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

HISTÓRICO

A adoção, como ensina Pontes de Miranda, invocando o magistério de Durand de Maillane - é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado “relação fictícia de paternidade e filiação: *Adoptio est actu legitimus quo quis sibi filium facit quem non generavit*”. (Tratado de Direito de Família, v. II, p. 177).

Nascida com a Lei das XII Tábuas, a adoção - é ainda Pontes de Miranda quem observa - para sua efetivação não exigia, de início, solenidade. Tinha lugar por simples ato de “autoridade do magistrado (*imperio magistratus*)”. (Obra citada, v. II, p. 178)

O mais antigo documento que a respeito da adoção dispôs - como registrou Libórni Siqueira em sua obra: **Adoção no Tempo e no Espaço** (p. 7) - foi o “Código de Hamurabi, nascido entre os anos de 1728 e 1686, antes de Cristo”.

Em seguida, lembra o douto autor, do instituto da adoção cuidou o Código de Manu, quando admitiu que pudesse ter lugar a colocação

de um estranho na família do adotante “por dação, por recepção e por compra” (obra citada, p. 10).

Na Roma antiga, a adoção tinha lugar levando em conta a necessidade de manter e perpetuar, no seio da família, o culto religioso, o que a falta de filhos tornava impossível.

Quando adotado, tinha, então, o filho adotivo, de renunciar ao culto religioso de sua família natural, tornando-se, em relação à nova família, *heres sacrorum*.

A adoção conheceu em Roma duas formas primitivas: a *adrogatio* e a *adoptio*. A primeira se aplicava aos *sui iuris*, e até o século III se fazia de forma muito solene, em comícios, com a presença de representantes do Estado, da religião e do povo (*populi auctoritate*), incumbindo ao magistrado, que a tal reunião pública presidia, dirigir ao adrogante, ao adrogado e ao povo indagações (*rogationes*) antes de decidir pela admissão, ou não, da adoção. A segunda forma (*adoptio*) era a adoção *strictu sensu*, usada quando o adotado era *alieni iuris*, ato que tinha lugar de forma bem mais simples do que a *adrogatio*.

Sob o império de Justiniano - lembra Libórni Siqueira, a adoção podia ter lugar sob duas formas: *adoptio plena* e *adoptio minus plena*, exigindo-se para sua concessão que o adotante tivesse, pelo menos sessenta anos e fosse dezoito anos mais velho do que o adotado, exigência que se explicava pelo fato de, sendo como é a adoção verdadeira imitação da natureza (*adoptio natura imitatur*), desejável então seria que o adotante, pela diferença de idade, pudesse, efetivamente, ser pai do adotado, e, considerando a idade atingida, já não possuísse mais expectativa de gerar filhos. (Apud autor e obra citados, p. 13).

Da adoção, no Brasil, antes da República, trataram inicialmente as ordenações Filipinas, em disposições que guardavam “traços marcantes dos direitos romano e canônico” (Ib. Idem, p. 15).

Posteriormente, entre nós, o instituto da adoção assumiu feições mais modernas, caracterizando-se como verdadeiro pacto triangular, celebrado com a participação do adotante, do adotado e dos pais biológicos deste último, afastando-se daquela idéia original que movia o *pater familias*, sem expectativa de prole, a admitir no grupo familiar, através da adoção, pessoa estranha à condição de filho, para suprir -

como já disse anteriormente - a necessidade de perpetuação dos cultos religiosos que sem a existência de filhos estariam fadados à extinção.

A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

As regras de disciplina da adoção, no ordenamento civil pátrio, nasceram com o Código Civil de 1916 e estavam contidas nos artigos 368 a 378 do referido diploma legal.

Constitui questão elegante a discussão sobre se a adoção representaria na realidade um contrato (teoria contratualista) ou se, por sua natureza, constituiria uma instituição de Direito de Família.

Sobre essa questão, perfeita é a posição de J. M. Leoni de Oliveira, firme a reconhecer - com apoio na opinião, dentre outros, de Caio Mario da Silva Pereira - na adoção um ato complexo, que tem, “na sua primeira fase, um caráter negocial, isto é, na fase postulatória, a manifestação de vontade do adotante e do adotado; e na sua segunda fase tem caráter judicial, publicista, com a instrução, a fim de verificar da conveniência ou não da adoção, que culmina com a sentença judicial” (apud autor citado **Guarda, Tutela e Adoção**, p. 152).

Para Libórni Siqueira a adoção seria, na verdade, ato de natureza híbrida: “que na sua formação é um contrato e no seu conteúdo instituição” (Obra citada, p. 5).

Foi inspirado no bocado latino *adoptio natura imitatur* - buscando, portanto, estabelecer entre o adotante e adotado condições que guardassem sintonia com os laços de filiação com a adoção exsurgidos - que formulou o Código Civil de 1916, em seus arts. 368 e 369, regras especiais, consistentes na exigência de que o adotante tivesse mais de 50 anos, não tivesse prole legítima ou legitimada, e houvesse, entre adotante e adotado, a diferença mínima de 18 anos.

Com a nova redação que deu a Lei 3.133/57 aos artigos acima citados, a idade mínima do adotante foi fixada em 30 anos e diferença de idade entre adotante e adotado foi estabelecida em 16 anos, tendo a Lei referida introduzido ao art. 368 o parágrafo único, que estabeleceu como requisito, para que a adoção pudesse ser admitida, que o adotante fosse casado há mais de 5 anos, não mais se formulando, contudo, a exigência de que não tivesse ele prole legítima ou legitimada, de

outro lado só admitindo a adoção por duas pessoas se fossem marido e mulher (art. 370).

No Código citado estabeleceu-se, como forma de efetivação da adoção, a escritura pública (art. 375), prevendo-se a possibilidade da dissolução do vínculo por acordo das partes, e, nos mesmos casos em que no Código fora admitida a deserdação (arts. 1.595, I, II, III e 1.744, I à V).

No referido diploma legal, exigiu-se, para a concessão da adoção, o consentimento do adotado; no caso de se tratar de menor, nascituro ou incapaz, era necessária a autorização do representante legal (art. 371); em relação ao menor ou interdito, foi prevista no Código a possibilidade de desligarem-se eles do vínculo da adoção no dia imediato em que cessasse a interdição ou a menoridade (art. 373).

No Código Civil de 1916 declarou-se, expressamente, ainda, que o parentesco resultante da adoção estava limitado ao adotante e adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 376), por força da adoção transferindo-se o pátrio poder do pai natural para o adotivo (art. 378).

Em matéria sucessória, estabelecia o estatuto civil de 1916 que a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos (art. 377); no caso de terem sobrevivendo à adoção filhos legítimos, ao filho adotivo tocaria, então, a metade da herança que coubesse a cada um destes (art. 1.605, § 2º).

Já vigente o Código Civil de 1916, revelou-se imperiosa a necessidade da edição de uma legislação que disciplinasse com mais especificidade a adoção, notadamente a de menores.

O Código Mello Matos - obra de José Candido de Albuquerque Mello Mattos, o primeiro Juiz de Menores da América Latina - que foi no Brasil a legislação que, pela primeira vez, enunciou regras relacionadas com a assistência e proteção aos menores, que fossem havidos diante da lei como em situação irregular ou entregues ao abandono, como registrou Libórni Siqueira, a respeito da adoção não dispôs, embora tivesse deixado "clara a intenção do legislador nesse particular quanto à regência do instituto", circunstância que, contudo, acrescenta o douto menorista, não representa demérito ao arcabouço jurídico do Código

“considerado pelos estudiosos do assunto a obra-prima da legislação desde o seu nascimento até hoje, se analisarmos o espaço-tempo de sua vigência” (obra citada, p. 42 e 43).

A ADOÇÃO NO CÓDIGO DE MENORES DE 1979

Sobre a adoção de menores em situação irregular, o Código de Menores de 1979 (Lei 6.697 de 10-10-79) estabeleceu dois tipos de adoção: a adoção simples (arts. 27 e 28), cuja disciplina mandada observar foi a do Código Civil então vigente e a adoção plena - revestida da característica da irreversibilidade - esta última que veio, aliás, substituir a figura da legitimação adotiva, criada pela Lei 4.655/65, e pelo Código de Menores revogada.

Levando em conta as conseqüências pessoais e patrimoniais da adoção resultantes, notadamente as que envolviam o reconhecimento de direito sucessório (art. 37), fixou o legislador, no Código de Menores de 1979, regras especiais para a concessão da adoção plena, exigindo do adotante a idade mínima de 30 anos; no caso de adoção por duas pessoas e estabeleceu, como requisito, que fossem elas casadas há mais de cinco anos sem prole, dispensado o prazo no caso de prova de esterilidade de um dos cônjuges.

Erigidos foram, também, pelo Código, em requisitos para o deferimento da adoção, a existência de diferença de idades de pelo menos dezesseis anos entre adotante e adotado, e que este último tivesse, no máximo sete anos, ou que - à época em que tal idade houvesse completado - já estivesse ele sob a guarda dos adotantes (art. 30 e seu parágrafo único).

Por exceção, admitiu o Código que pudessem requerer a adoção plena o viúvo ou a viúva, desde que provassem que o menor adotando já estivesse integrado ao novo lar e houvesse iniciado o estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge (art. 33). No caso de cônjuges separados judicialmente, era permitida a adoção quando o estágio de convivência de três anos tivesse se iniciado na constância da sociedade conjugal, e desde que houvesse acordo sobre a guarda do adotando após a separação do casal (art. 34).

Foi no Código de Menores de 1979 que pela vez primeira dispôs-se sobre a adoção de menor por estrangeiro não domiciliado

no país (artigos 20 e 108, parágrafo único), restringindo, nesse caso, a adoção à modalidade simples.

A ADOÇÃO NA CARTA MAGNA DE 1988

Na Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso (arts. 226 a 230) a respeito do instituto da adoção - matéria que a rigor só devia ser tratada em lei ordinária - dispôs o legislador constituinte, desde logo cuidando de declarar que a adoção só poderia ter lugar com a assistência do Poder Público. A toda evidência queria se referir, mais diretamente, à adoção de pessoa menor - especialmente a considerada em situação irregular, como tal definida nos arts. 27, 28 e 29 a 37 do Código de Menores, adoção essa que, anteriormente, já era feita sob a tutela do Estado, com a observância das condições e regras nos artigos referidos.

Diante dos termos em que a norma do parágrafo 5º do art. 227 da Constituição Federal de 1988 foi redigida, exsurgiu, à época, discussão sobre se, a partir de então, teria desaparecido a figura da adoção civil de pessoa maior feita através de escritura pública, como admitia o Código Civil de 1916, só subsistindo, então, a forma de adoção prevista no § 5º do art. 227 da Carta de 1988, ou seja, a realizada com a assistência do Poder Público, demandando para sua efetivação a prolação de sentença judicial.

À época em que a discussão foi levantada, não tivemos dúvida em sustentar, que a adoção civil de pessoa maior continuava a ser possível nos termos e segundo a disciplina do Código Civil de 1916, levando em conta que, estando como está o parágrafo 5º do art. 227 da C.F. de 1988, inserido em dispositivo que disciplina direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo como são sempre os parágrafos ancilares em relação ao contido no caput do respectivo artigo, com ele, portanto, guardando estrita relação, a outro tipo de adoção, senão a de menores teria querido, então, se referir o legislador constituinte, quando, no § 5º, do art. 227, citado, estabeleceu forma especial, pela qual, em tal caso, a adoção devia ser efetivada.

A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, desapareceu a figura da adoção simples, só subsistindo para aplicação a adoção sob a forma plena - na Lei expressamente declarada irrevogável, tendo como destinatários os menores de no máximo dezoito anos à época do pedido, limite de idade que, todavia, admitiu a Lei, possível de ser ultrapassado no caso de o adotando já se encontrar sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40).

Para o adotante foi exigida a idade mínima de mais de 21 anos, não se formulando qualquer restrição ao seu estado civil (art. 42), exigindo-se entre adotante e adotado a existência da diferença mínima de idade de pelo menos dezesseis anos (§ 3º do art. 42).

De real importância foi a advertência feita pelo legislador no § 5º do art. 42 do Estatuto, muito clara a lembrar que a adoção só há de ser concedida “quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Sobre o novo tratamento dado pelo ECA à adoção de pessoa menor, tecendo um paralelo entre as inovações introduzidas pela Lei 8.069/90 e as disposições anteriormente contidas no Código Civil de 1916, registrou J. M. Leoni de Oliveira, em sua obra **Guarda, Tutela e Adoção**, já anteriormente citada:

“Tão diversas são a adoção restrita do Código Civil e a adoção plena do ECA, que se torna difícil uma definição que abranja ambos os sistemas. De fato, verificaremos mais adiante a diversa natureza jurídica desses tipos de adoção. Tanto pode a adoção ter sua base na pluralidade de vontades, como no caso de adoção pelo sistema do Código Civil, quanto pode ela ter sua base na sentença judicial, que pressupõe o devido processo legal, como no caso de adoção do ECA”. (obra citada, p. 148)

A diferença entre as previsões anteriormente contidas no revogado Código de Menores de 1979 e as que foram posteriormente inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente é, de certa forma expressiva e merece ser referida.

No que diz respeito à adoção por ambos os cônjuges ou concubinos, além de formular o ECA a exigência de que um deles já

haja completado vinte e um anos, considerou importante que fosse demonstrada a estabilidade da família (art. 42, § 2º).

Em outra disposição (art. 42, § 4º) admitiu o Estatuto a adoção por divorciados ou separados judicialmente, desde que a convivência do adotando com eles tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal e haja acordo sobre a guarda e regime de visitas.

Expressamente proibiu, porém, o Estatuto, a adoção por ascendentes ou irmãos do adotado (§ 1º do art. 42) e por tutor ou curador enquanto não tenham prestado conta de sua gestão (art. 44).

Novidade capaz de dar lugar a sérias discussões, levando em conta as conseqüências patrimoniais advindas, constituiu a previsão, contida no § 5º do artigo 42 do Estatuto, que admitiu a possibilidade de se tornar efetiva a adoção posteriormente à morte do postulante, naqueles casos em que o adotante “após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

É que questionável parece, do ponto de vista processual, a possibilidade de, após o falecimento do postulante em processo em que está em discussão direito personalíssimo, como tal intransmissível, prosseguir-se na lide, que, à luz das disposições contidas no art. 267, X do Código de Processo Civil, teria, na verdade, de ser extinta.

Com relação aos efeitos pela adoção produzidas - como antes já estava estabelecido no Código Civil de 1916 (art. 378) - previu o Estatuto, com a adoção, a transferência do pátrio poder (hoje poder familiar) do pai ou mãe biológicos para o pai ou mãe adotivos, tendo tido o cuidado de declarar que tal poder não seria aos primeiros devolvido, quando ocorresse a morte do adotante (art. 49).

Como exceção à regra que estabeleceu o desligamento, por força da adoção, dos vínculos existentes entre o adotado com os pais biológicos e parentes - salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art.41) - previu o Estatuto, no parágrafo único do artigo referido, no caso de adoção por cônjuge ou concubino do filho do outro, a manutenção dos vínculos da filiação do adotado com o cônjuge ou companheiro do adotante, conforme o caso, pai ou mãe biológico do primeiro.

Essa previsão, sem dúvida, tem indiscutível conteúdo social e humano, na medida em que, existindo, entre o adotante e o seu cônjuge ou companheiro, uma relação de casamento ou união estável

soaria, afinal, injusto e ao mesmo tempo doloroso, que o recebimento, no seio da família, do filho de um dos cônjuges ou companheiro, em consequência da adoção, pudesse trazer para o pai ou a mãe biológico a decretação da perda do vínculo do parentesco com o filho, em relação ao qual, nada obstante, por força da lei, continuará ele, então, a exercer o poder familiar como agora prevê o artigo 1.631 do C.C. 2002.

Dentre os efeitos pela adoção produzidos, de especial importância, para o adotado, é o que, a este, na área sucessória, garante os mesmos direitos em lei assegurados aos filhos do adotante, havidos ou não da relação do casamento (art. 41), previsão que, aliás, guarda perfeita harmonia com o estatuído no § 6º do art. 227 da Carta Magna.

A propósito dos requisitos necessários para a concessão da adoção, alinhou o ECA, como indispensáveis, os seguintes: a autorização dos pais ou responsável do adotando, só dispensada quando os pais sejam desconhecidos ou tenham sido do pátrio poder (hoje poder familiar) destituídos (art. 45 caput e seu § 1º); a concordância do adotando quando este tiver mais de 12 anos (art. 45 § 2º); o estágio de convivência, por período que for pelo juiz fixado (art. 46), podendo dito estágio ser dispensado quando houver convivência anterior por tempo considerando razoável ou o adotando tiver menos de um ano (art. 46 § 1º).

Para os candidatos à adoção, criou a Lei (ECA) uma espécie de cadastro, sob a responsabilidade da autoridade judiciária organizado, ao lado de um registro das crianças e adolescentes em condições de serem adotados (art. 50), tendo sido previsto um cadastro especial para estrangeiros (art. 52 parágrafo único).

Prolatada que seja a sentença, em processo em que o Ministério Público é ouvido, constitui-se o vínculo da adoção, devendo proceder-se à inscrição do julgado no Registro Civil, passando, então, a constarem do registro de nascimento do adotado os nomes dos adotantes como pais e os de seus ascendentes, cancelando-se o registro original, nenhuma observação podendo ser feita, no novo registro, sobre a origem do ato, só sendo possível a concessão de certidão para salvaguarda de direito (art. 47, caput e §§ 1º a 4º).

Por força da adoção, conferido é ao adotado o nome do adotante, a pedido deste, sendo possível a modificação do prenome do adotado (§ 5º, do art. 47).

A sentença de adoção produz efeitos a partir de seu trânsito em julgado (art. 47, § 6º). Todavia, quando prolatada em processo em que o adotante, após inequívoca manifestação de vontade, tenha falecido, antes da prolação da sentença, os efeitos desta retroagirão à data do óbito (art. 42, § 5º).

No caso de adoção por pessoa estrangeira, residente ou domiciliada fora do Brasil, estabeleceu o Estatuto condições especiais, a saber: exigiu a apresentação de documento de habilitação expedido pelo país de origem do adotante (art. 51, § 1º); previu a realização de estudo psicossocial e o exame da pretensão por Comissão Estadual Judiciária da Adoção (art. 52, caput); fixou o período de estágio - a ser cumprido em território nacional - em, no mínimo, quinze dias para criança de até dois anos e de trinta dias para criança acima daquela idade (art. 46, § 2º), tendo proibido a saída do adotado do Brasil enquanto não consumada a adoção (art. 51, § 4º).

Sobre a adoção internacional, algumas considerações merecem ainda ser feitas.

Na Carta Magna de 1988 (art. 227, § 5º), ao preconizar o legislador constituinte a edição de regras especiais disciplinadoras das condições para a efetivação da adoção por estrangeiros, deixou clara a preocupação, perfeitamente explicável, que o problema sempre despertou, conhecidos que são os riscos que representam as tentativas - que no país mais de uma vez foram surpreendidas - do estabelecimento de tráfico de crianças brasileiras para o exterior.

Admitida que se encontra, pela legislação pátria, a adoção por pessoa estrangeira, não domiciliada no país, não parece, contudo, em nossa visão, constituir ela a melhor solução para a colocação de uma criança brasileira em lar substituto.

Com efeito, a adoção, como é sabido, deve, sempre que possível, imitar a natureza (Mazeaud - Mazeaud).

Assim sendo, desejável será sempre que se procure manter uma criança junto às suas raízes, identificada com seus costumes, religião e berço, o que, em princípio, só será possível através da adoção por pais

que possam tais condições proporcionar, não parecendo oportuno e razoável que, para tal **desideratum**, sejam buscadas soluções importadas, nem sempre adequadas.

A opinião que temos sobre essa delicada questão não constitui posição frontalmente intransigente à adoção de criança brasileira por estrangeiro não domiciliado no país.

Guarda, porém, fidelidade com o entendimento que temos sedimentado no sentido de que, enquanto existir um casal brasileiro inscrito na lista de espera, apto para a obtenção da adoção, nada há de justificar a colocação de uma criança brasileira em lar substituto no exterior.

A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O instituto da adoção recebeu, no Código Civil de 2002, nova completude normativa, substancialmente inovadora, em relação ao estatuto civil pátrio de 1916, mas que guarda certa simetria com as regras e condições estabelecidas na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Toda a matéria relacionada com a adoção encontra-se contida nos artigos 1.618 a 1.629 do Código em vigor.

A exemplo do que já fora anteriormente estabelecido no ECA (art. 41), proclamou-se no art. 1.626, caput, do Código Civil de 2002, que, com a adoção, é atribuída ao adotado a condição de filho, ficando este desligado de qualquer vínculo com os pais ou parentes consangüíneos, salvo com relação aos impedimentos matrimoniais.

A mesma diferença de idade (dezesseis anos) entre adotante e adotado, antes prevista no § 3º do artigo 42 do ECA, é atualmente exigida pelo Código Civil de 2002 (art. 1.619).

Como anteriormente já se estabelecia no art. 43 do ECA, segundo o estatuído no artigo 1.625 do Código em vigor, há de se avaliar, quando da concessão da adoção, em que medida poderá esta representar, para o adotado, real benefício.

De outro lado, a exemplo do que já estava previsto nos artigos 47, caput e 45 e seus parágrafos do ECA, exige o Código Civil de 2002, para a constituição do vínculo da adoção, a prolação de sentença ju-

dicial (artigo 1.623), no caso de adoção do menor sendo necessária a autorização - revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção - dos pais ou do representante legal e o consentimento do adotando, se ele já tiver mais de doze anos, dispensado tal consentimento - diz agora o Código Civil de 2002 em dispositivo mais explícito - quando se tratar do menor exposto, quando sejam desconhecidos seus pais ou estejam eles desaparecidos ou destituídos do poder familiar, sem que tenha havido nomeação de tutor, ou quando se tratar de órfão não reclamado, por mais de um ano, por qualquer parente (artigo 1.621 e seus parágrafos 1º e 2º).

Novidade constitui a previsão atualmente contida no parágrafo único do artigo 1.623 do Código Civil que, mesmo no caso de maior de dezoito anos, exige que a adoção seja feita com a assistência do Poder Público, através de sentença judicial.

Para o adotante, não é mais, atualmente, exigida a idade mínima de vinte e um anos - como anteriormente previa o artigo 42 caput do ECA - mas sim a de dezoito anos, no caso de adoção por cônjuges ou companheiros, admitindo, agora, a lei, que apenas um deles tenha completado idade (artigo 1.618, parágrafo único do Código Civil).

A adoção por duas pessoas só continua sendo possível se forem os adotantes marido e mulher ou viverem em união estável (arts. 42, § 2º do ECA e 1.622 do Código Civil), sendo permitido, como anteriormente já o era, a adoção conjunta por divorciados ou separados judicialmente, desde que haja acordo sobre a guarda do adotando e o regime de visitas, e o estágio de convivência tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal (arts. 42, § 4º do ECA e 1.622, parágrafo único do Código Civil). Essa última previsão sempre mereceu, de nossa parte, crítica, por nos parecer que, nesse caso, estando-se diante de um lar desfeito, não estar-se-ia, afinal, proporcionando ao adotando um ambiente familiar estável, como a própria lei preconiza.

A mesma crítica que antes fizemos ao disposto no artigo 42, § 5º do ECA - pelos problemas que poderá desencadear - ora formulamos ao artigo 1.628 do Código Civil de 2002, que admite o deferimento do pedido de adoção, mesmo quando o adotante haja falecido no curso do processo.

A exemplo do que antes já se encontrava estabelecido no artigo 44 do ECA, prevê o Código Civil em vigor, em seu artigo 1.620, que não pode o tutor ou curador adotar do pupilo ou curatelado, enquanto não prestar contas de sua administração.

Manteve, outrossim, o novo Estatuto Civil pátrio, no parágrafo único do artigo 1.626, a previsão, anteriormente contida no artigo 41, § 1º do ECA, reconhecendo a subsistência do vínculo da filiação entre o adotado e o cônjuge do adotante, no caso de adoção pelo cônjuge ou companheiro do filho do outro.

De outro lado, embora não tenha sido pelo legislador expressamente dito no novo Código Civil, por não terem sido declaradas revogadas as disposições que no ECA disciplinam a matéria, e, por se harmonizarem, plenamente, com as regras no referido Código estabelecidas, que dispõem sobre: a igualdade de direitos dos filhos; as relações de parentesco; a sucessão e o princípio da irretratibilidade do reconhecimento da filiação (artigos 1.628, 2ª parte, 1.596 e 1.610), devem ser havidas como subsistentes, para aplicação, as disposições contidas nos artigos 41, § 2º, 42, § 1º e 48 do ECA que, respectivamente, reconhecem: o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes e o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau; que proíbem a adoção por ascendente e irmãos do adotando e que proclamam a irrevogabilidade da adoção.

Importante é ainda registrar que nenhuma alteração introduziu o Código Civil nas normas do ECA, que asseguram a assunção, pelo adotado, do nome do adotante, e que possibilitam a alteração do prenome daquele (art. 47, § 5º), nem nas regras procedimentais que disciplinam a adoção por nacional e por estrangeiro. Note-se que, a despeito do silêncio feito no Código, a regra expressa em seu artigo 1.635, inciso IV - que declara extinto o poder familiar pela adoção - deve ser havida como subsistente para aplicação a norma do artigo 49 do ECA, que exclui a possibilidade do restabelecimento do referido poder para os pais naturais, após a morte do adotante.

Como considerações finais - por constituir questão tormentosa que vem desafiando a opinião dos juristas e a posição da jurisprudência nos tribunais - permitimos reproduzir, neste artigo, em apertada síntese, algumas idéias que alinhamos em nossa obra **União Estável**, ainda

no prelo, a respeito da adoção de menor por pessoas do mesmo sexo.

Tendo sempre presente que a adoção constitui imitação da natureza, pensamos que tal imagem só estará composta quando a uma criança for dado um lar substituto em que os adotantes sejam marido e mulher, unidos pelos laços do casamento ou duas pessoas, evidentemente de sexos diferentes, que vivam em união estável, em condições de assumir, em tal contexto, as figuras paterna e materna.

Sobre essa delicada questão, merece ser citado o pensamento do douto constitucionalista Ives Gandra Martins, expressado em magnífico artigo publicado em 16-01-2007, em coluna do **Jornal do Brasil**, forte a lembrar que o instituto da adoção “objetiva ofertar uma família à criança sem família. E família, pelo parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, só pode ser constituída por um homem e uma mulher, e, se tiverem prole, por qualquer deles - se viúvo ou separado - e os filhos que lhe cabe educar e preparar para a vida”.

Com o pensamento de Ives Gandra Martins nos declaramos plenamente identificados, na oportunidade acrescentando que, além do absoluto óbice constitucional que existe, para reconhecer-se, como representativa de uma verdadeira família, a convivência estabelecida por um par homossexual, imperioso é atentar-se para a regra do artigo 1.622 do Código Civil em vigor, expresso a proclamar que:

“Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável”.

Destarte, levando em conta que a expressão marido e mulher, usada no texto da lei, evidentemente se refere a duas pessoas unidas pelos laços do casamento, e que a alusão feita pela lei a conviventes de uma união estável evidentemente não pode ser vista como abrangente da relação estabelecida entre parceiros do mesmo sexo - que com a figura da união estável não guarda a menor simetria - forçoso é convir, concluindo, que a adoção por parceiros homossexuais, à luz da Carta Política brasileira de 1988 e do Estatuto Civil pátrio em vigor, não pode e não deve, de forma alguma, ser admitida.◆