

ADOÇÃO DE NETO. Impossibilidade de adoção de neto pelos avós. Processo de dúvida.

Loreno Luiz Zambonin
Promotor Público em S. Luiz Gonzaga

O casal PERICLES DUTRA e MACIELINA DE MELO DUTRA pretendeu, perante o 1.º Tabelionato de São Luiz Gonzaga, efetuar escritura pública de adoção de seu neto LUÍS EVERALDO MARTINS DUTRA. Maria Hulda Bremm, oficial ajudante em exercício, no entanto, reportando-se a caso análogo surgido anteriormente, do qual o então Juiz de Direito se manifestara contrário ao pedido, suscitou a dúvida a respeito da possibilidade.

1. A instituição adotiva é conhecida desde a antigüidade. Conheciam-na os egípcios, babilônios, assírios, caldeus e hebreus. Dentre esses povos ressaltam-se, no disciplinamento jurídico do instituto de adoção, os babilônios, através de normas contidas no Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.). As normas ali contidas, segundo se refere PIETRO BONFANTE, revelam a existência de uma civilização adiantadíssima. As Leis de Manu se referiam que "aquele que a natureza não deu filhos, pode adotar um, para que as cerimônias fúnebres não se extingam". (Leis de Manu, IX, 10).

2. Dentre alguns casos citados entre os hebreus, podemos ressaltar: Efraim e Manassés, adotados por Jacob, filhos de seu irmão José. Na passagem bíblica está que "os teus dois filhos, que te nasceram na terra do Egito, antes que eu para aqui viesse ter contigo, serão meus: Efraim e Manassés, assim como Rubem e Simeão, serão considerados meus. Mas os outros que tiveres depois destes,

serão teus e serão chamados com o nome de seus irmãos nas suas possessões.” (Êxodo, 48, 5 e 6). E ainda, Esther, adotada por Mar-doqueu, bem como Sara que adotou os filhos de sua serva Agar. Moisés, após ter sido encontrado numa cesta no Rio Nilo pela filha do faraó, teria sido adotado por ela.

3. Foi em Roma, no entanto, que o instituto da adoção resplan-deceu na plenitude de seus efeitos, conforme acentuou José Bení-cio de Paiva (Adoção, Minas Forense, v.16, p.123-32). Seguindo as Leis de Manu, os romanos calcaram também a adoção no senti-mento religioso, pois que “o dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adoção entre os antigos” (Foustel de Cou-langes, in Cidade Antiga, Ed. das Américas, p.84). Visava sobre-tudo a continuação do culto doméstico, evitando assim a extinção da família. E quem não tivesse condições de procriar a solução era, assim, adotar.

4. “Adotar um filho, portanto, era velar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do fogo sagrado, pela continuação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. Co-mo a adoção não tinha outra razão de ser, além da necessidade de evitar a extinção do culto, seguia-se que não era permitido senão a quem não tinha filhos” (Foustel de Coulanges, *ibidem*, p.85). O instituto foi, entretanto, combatido por Cícero. Haja vista que a ela se refere que “o adotar é pedir à religião e à lei o que não se pode conseguir pela natureza” (Pro domo, 13, 14). Aduzia ainda que a adoção era contrária ao direito religioso.

5. Os romanos conheciam duas espécies de adoção: a ad-roga-ção e a adoção propriamente dita. Pela primeira o cidadão ro-mano adotava uma pessoa *sui juris*, um **pater familias**, ao passo que pela segunda era um ato relativo a uma criança submetida ao poder de seu pai, um filho-família. A diferença entre as duas modalida-des era, segundo o texto de Modestino — **adoptantur filiifamilias, adrogantur qui sui juris sunt** (Washington de Barros Monteiro, Di-reito de família, v.2, p.268).

6. Conhecia-se também uma terceira modalidade que era a adoção testamentária. Todavia seu caráter era controvertido, posto que era para uns uma verdadeira ad-rogação, ao passo que, para outro, uma simples instituição de herdeiro, sob condição de tomar o adotado o nome do testador (Mario Guimarães, Estudos de di-reito civil, p.101). Foi sob esta modalidade que Otávio foi ado-tado por seu tio Júlio César.

7. Pela *arrogatio* adotava-se pessoas *sui juris* bem assim seus dependentes e se concretizava através da intervenção do poder público, necessitando que o povo, especialmente convocado pelo pontífice concordasse também. A *arrogatio* passou no direito romano, por três fases, segundo indica Silvio A. B. Meira, em sua obra *Instituições do direito romano*: 1.^a — fazia-se mediante aprovação do pontífice e do povo, reunidos em assembleia por cúrias, em presença do ad-rogante e do ad-rogado. Eram formuladas três perguntas, uma ao ad-rogante, outra ao ad-rogado e a terceira ao povo, a fim de obter o consentimento expresso dos interessados e a aprovação da assembleia. Dessas perguntas é que provém o nome: *arrogatio* ou *adrogatio*. Era uma *adoptio per populum* (Gaio I, 98, 99, 100); 2.^a — exigia-se, em vez dos comícios por cúrias, a presença de 30 *lictiores*. As cúrias não mais se reuniam normalmente (Gaio, I, 102), e os *lictiores* representavam o povo, sob a presidência de um magistrado; 3.^a — a ad-rogação passou a ser feita por meio de um rescrito imperial (*principali rescripto*) — Cdo. 8.48.2.6. e Inst. 1.11.1). Esta última fase teria se iniciado no tempo de Diocleciano (p. 142-6). No tocante à adoção, e porque atingia um *alieni juris* não tinha a importância da *adrogatio*, razão por que desnecessária era a intervenção do povo (*comitia curiata*), nem do pontífice.

8. Foi Justiniano (482-565) que simplificou o instituto, bastando que o adotante e o pai natural comparecessem diante do pretor, em Roma ou perante o presidente, nas Províncias, conduzindo o filho adotivo onde, após as manifestações deles de concordância, era redigida uma ata destas declarações. Era, assim, um ato solene pelo qual o adotante adquiria o pátrio poder sobre o adotado. Segundo observa PIETRO BONFANTE, a adoção aí aparece pela primeira vez como uma transferência, uma cessão do filho de um pai a outro.

9. A instituição adotiva caiu em declínio na Idade Média, porquanto vinha em desacordo com a estrutura jurídica então vigente, isto é, era contrária aos interesses dos agnados e de seus eventuais direitos sobre os feudos. *Adoptivus in feudum nos succedit*. Era, portanto, inadapável às instituições da época.

10. Coube ao Código Civil Francês retirar o instituto da adoção do esquecimento, seguindo-se depois pelas modernas legislações, entre as quais o Brasil. Conquanto as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas não tivessem consignado o instituto da adoção, é lícito afirmar-se que a mesma foi concebida no direito português

sob a denominação de perfilhamento, a qual compreendia não só a adoção propriamente dita, *adoptio*, como a *adrogatio* do direito romano. DINO BUENO traça importante histórico da evolução por que passou a adoção no direito pátrio e que precedeu o Código Civil.

11. A adoção, que é considerada por alguns como um instituto obsoleto, tem condições de desempenhar relevante papel, cumprindo a função da "perfiliação". Ganhou novos contornos depois de editada a Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, introduzindo importantes modificações, principalmente no reduzir a idade dos adotantes, bem assim de diferença de idade entre este e do adotado.

12. *In casu*, os adotantes preenchem todos os requisitos exigidos pela lei, pois esta não prevê a idade máxima como fazem outras legislações modernas, prevendo tão somente a idade mínima. O aspecto controvertido é, pois, na dúvida levantada pela Ajudante do Tabelionato de São Luiz Gonzaga, tão só no respeitante ao parentesco de sangue entre os adotantes e o adotado, porquanto se trata de avós, como adotantes e de neto, como adotado. A questão é esta: é possível ou não?

13. Examinando as normas do Código Civil, bem como da Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, nada encontramos a respeito do impedimento à adoção com base num grau de parentesco muito aproximado. Se nos detivermos, no entanto, aos objetivos da adoção, tanto nas normas de nossa lei pátria disciplinadora do instituto, bem como em outras legislações modernas, vislumbramos *prima facie* que a adoção visa, precipuamente, a colocação de uma pessoa estranha, para algumas relações, na condição de filho. Esclarece ANTONIO CHAVES, em sua excelente obra sobre o assunto que "quem que, no entanto, se detenha no exame atento das finalidades da adoção, há de ver que na generalidade dos casos desses parentescos muito aproximados, falta uma das finalidades essenciais do instituto, que é justamente a de criar laços afetivos estreitos entre adotado e adotante (Adoção e legitimação adotiva, p.150).

14. Ora, no caso, a relação inicial dos avós e neto existe, apresentando já um laço natural, real e indestrutível, enquanto que a adoção irá estabelecer uma filiação fictícia e suscetível de dissolução. E, afora o laço afetivo existente no caso, pela própria natureza das relações de afetividade consangüínea que, inequivocadamente, é gerado pela própria natureza da relação de parentesco. Desnecessária, desta forma, a existência de outra de modo fictício, como seria o caso da presente adoção. Esta, à evidência, não o é de

suprir, nem aumentar a afetividade. A adoção do próprio neto pelos avós não pode ter outra finalidade. Não se pode vislumbrar que a adoção, neste grau de parentesco vá aproximar mais ainda a afetividade de avós para com seu descendente. Substancialmente, a adoção constitui-se numa relação de filiação incompleta. A adoção realiza a **extensão a outrem da subjetividade paterna**, isto é, pela adoção, a paternidade se estende a outro sujeito que compõe nova relação jurídica de filiação. Assim, reformula o **status familiar** do indivíduo, alterando a relação de filiação. Esta é a causa material (Walter Moraes, *Adoção e verdade*, p.117). É que a adoção, visando realizar uma relação de filiação inexistente, se destina completar uma situação familiar existente.

15. Demonstrou BARTOLOMEO DUSI, citado por Antonio Chaves, na obra já citada “que, às vezes, a própria natureza da adoção, como hoje se nos apresenta de conformidade com a sua evolução histórica e ao espírito que impregna sua regulamentação legal, induz certas impossibilidades jurídicas que, embora não aparecendo escritas no Código, estão de tal forma integradas na estrutura hodierna do instituto, que não se impõem menos imperiosamente: por exemplo, a do pai de adotar o filho” (Ibidem, p.134). Aduziríamos, a impossibilidade dos avós de adotar os netos, principalmente se os pais estiverem vivos.

16. Alguns entendem que, para evitar-se aberrações legais, no tocante ao instituto da adoção, é necessário reformulá-lo, para que efetivamente atenda à sua finalidade, pois que certas soluções hermenêuticas aberram contra a essência do instituto. Se nos detivermos a observar, embora ligeiramente, nossa legislação em vigor sobre a adoção, veremos que ela afronta, ela agride esses princípios de ordem pública — os interessados transferem o pátrio poder que passa do pai de sangue para o pai adotivo, sem mais razões do que a própria vontade (quando não seja o interesse próprio), numa total desatenção aos interesses, à personalidade do menor, como se o filho, simples coisa, seja objeto de um direito de propriedade.” (A adoção, Lucy Lopes Kratz, in *Revista Justitia*, 82/9).

17. O fato é que da questão da possibilidade de os avós adotarem netos, originaram-se decisões contrárias; algumas reconhecendo a possibilidade, outras não reconhecendo esta possibilidade (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, 9/226, 19/96, 12/84 e 24/52; *Revista dos Tribunais*, 418/139).

18. Leciona ORLANDO GOMES que a imitação da filiação legítima, tem a dupla finalidade de oferecer, a quem não tem prole (grifei), um recurso para criá-la artificialmente, dando expansão a seus efeitos familiares e garantir idônea assistência aos menores. E cumpre ao intérprete, diz a sábia advertência de Vicente Rao ao versar os preceitos da hermenêutica, “não afastar-se, jamais, dos preceitos supremos do direito natural, particularmente daqueles preceitos que definem os direitos inerentes à personalidade e à dignidade do homem”.

19. E a Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, embora não tivesse alterado a redação do art. 368 do Código Civil, deveu-se mais ao atendimento de um problema social que existia nos grandes centros onde aumentava assustadoramente o número de crianças desamparadas, filhos de mães solteiras e que, por isso, reclamavam uma situação jurídica adequada, para a resolução dos casos que então surgiam e ainda hoje surgem. Tanto é verdade que o artigo supra mencionado dispunha que “só os maiores de cinqüenta anos, sem prole legítima ou legitimada podem adotar”. Clóvis Beviláquia, em seus Comentários, lecionava que “a adoção é o ato civil, pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. Deduz-se, pois, do ensinamento do mestre, que era proibida a adoção de netos pelos avós. Não cuidou, portanto, a Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, de modificar a essência do instituto, mas tão somente adaptá-lo às contingências atuais. A adoção dá origem ao parentesco civil na linha reta. Ora, se o parentesco já existe entre avós e netos, por laços de sangue e natural, não existe razão para misturá-lo como o civil, decorrente de uma ficção jurídica, pois que o enunciado da ficção de consangüinidade ofende à verdade do adotado.

20. E ainda, através do art. 378 do Código Civil seria extravagante que, na relação de parentesco, permanecessem os pais adotivos como avós do adotado. Ao demais, não tem sentido os avós adotarem o próprio neto, dando azo ao aparecimento de confusão familiar, posto que seu filho passaria a irmão do seu neto, ou o pai irmão do próprio filho e, mais, o filho cunhado de sua mãe. Toda lei é *ordinatio rationis*, no dizer de São Tomas.

21. Em julgado inserido na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando a Apelação Civil n. 21.398, a 1.^a Câmara decidiu ser possível a adoção do neto pelo

avô, com o consentimento da mãe solteira (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, 45/320). Mas neste caso, embora semelhante, o adotado era filho de mãe solteira, o que não ocorre no caso, pois que se trata de pais vivos.

22. Não interessa se os avós e o neto preenchem todos os requisitos indicados no instituto ou se a eventualidade não está prevista no Código Civil, pois que a essência do instituto de adoção não é o de criar laços afetivos ou jurídicos onde estes já existem. Razão está com CURT EGON REICHERT ao aludir a uma condição que, embora não expressa em lei, se impõe de acordo com a lógica e o bom senso: o adotado não deve ter com o adotante algum parentesco natural ou civil contraditória à natureza da adoção (Citado por Antonio Chaves, in Adoção e legitimação adotiva, extraído da Revista dos Tribunais, 1934).

Assim que, face ao exposto, manifesta-se o Ministério Público pela procedência da dúvida suscitada pelo Oficial Ajudante Substituta do Tabelionato de São Luiz Gonzaga, qual seja, da impossibilidade da adoção do neto LUIZ EVERALDO MARTINS DUTRA pelos seus avós PERICLES DUTRA e MACIELINA DE MELO DUTRA.

Este é o meu parecer.

São Luiz Gonzaga, 27 de setembro de 1976.