

## ADOÇÃO POR ASCENDENTE

**Waldemar Zveiter**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

**SUMÁRIO: I - ADOÇÃO. NOTA INTRODUTÓRIA II-FINALIDADE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO III-ADOÇÃO DE NETOS. LEGISLAÇÃO ANTERIOR AO ECA IV- ADMISSIBILIDADE, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA V-INADMISSIBILIDADE NA DOUTRINA VI- A VEDAÇÃO LEGAL E A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO SISTEMA PARA ADMITIR A ADOÇÃO PELO ASCENDENTE MEDIANTE O PRUDENTE ARBITRÍO DO JUIZ.**

### **I – ADOÇÃO.**

#### **Nota Introdutória**

Desde os primórdios, a adoção constitui-se em instituto utilizado para assegurar continuidade do lar, caracterizando-se na situação de fato pela qual se recebia em família um estranho, na qualidade de filho. O adjetivo estranho significava alguém não integrante da família de sangue.

Em seu estágio evolutivo, a adoção hoje é instituto essencialmente assistencial. Visa dar proteção ao adotado, ajustando-o no lar de uma nova família, adaptando-o a um outro ambiente doméstico e igualizando-o em tudo a um filho legítimo do adotante, com todas as implicações humanas, legais e sociais pertinentes. A adoção caracteriza-se atualmente como instituto de solidariedade social, com singular conteúdo humano, impregnado que está de altruísmo, de carinho e de apoioamento<sup>1</sup>.

No direito nacional, devido às excessivas exigências previstas no Código Civil de 1916, seus dispositivos nunca tiveram grande aplicação. As Leis de n.ºs 3133/57 e 4655/65 bem tentaram aproximar a realidade de fato à realidade de direito, modernizando-a com a criação da chamada **legitimação adotiva**.

Com a edição do Código de Menores, então Lei nº 6697/79, am-

---

<sup>1</sup> Arnaldo Marmitt, *Adoção*, Aide Editora, pág. 10.

pliou-se o instituto através da **adoção plena**. A partir de 1990, com a publicação da Lei nº.8069, de 13 de julho, novo impulso se deu a fim de modernizá-lo frente aos atuais conflitos vivenciados pela sociedade nacional.

O tema compõe doutrina e jurisprudência conflitantes, como não poderia deixar de ser, por envolver sentimentos inatos à espécie humana que busca sempre o ideal do bem-comum, paz e harmonia social.

## II - FINALIDADE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

De índole protetiva, a adoção<sup>2</sup> vem sendo ampliada progressivamente, na medida das exigências do mundo moderno. No início, afirmavam os comentaristas da lei, a finalidade do instituto era propiciar filhos aos que não podiam tê-los - interesse do adotante -, depois passou a ser uma maneira de assistir não só menores, mas até adultos, por laços de parentesco ou afetividade, assegurando-lhes uma forma de subsistência - interesse do adotado -, através de pensão ou outros meios<sup>3</sup>.

Com o passar do tempo, a sua primitiva finalidade, que era a de dar um filho a quem a natureza o negara (interesse do adotante), evoluiu para igualar o adotado, em tudo, ao filho legítimo, sem a exigência de que os pais naturais existam e possam ou não exercer o pátrio-poder (interesse do adotado).

No dizer de Arnold Marmitt<sup>4</sup>, agora a **ratio essendi** transmudou-se para ser mais nobre e mais humana, sublime às vezes, com características eminentemente assistenciais, objetivando sempre amparar o adotado com laços afetivos e familiares, cercando-o de solidariedade humana e cristã.

A nova regulamentação dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se conjunto de normas de ordem pública, revogadora do Código de Menores e das disposições que tratam da matéria no Código Civil com elas incompatíveis.

## III - ADOÇÃO DE NETOS

### Legislação anterior ao ECA<sup>5</sup>

Até 1965 contávamos apenas com a adoção prevista nos artigos 368 a 378 do Código Civil e legislação complementar. Permitia-se a adoção mediante simples escritura pública. Qualquer pessoa maior de 18 anos poderia

---

<sup>2</sup> Idem

<sup>3</sup> Paulo Lúcio Nogueira – *ECA* Comentado

<sup>4</sup> Ibidem

<sup>5</sup> *Estatuto da Criança e do Adolescente* – Lei n. 8.069, de 13.07.90

ser adotada, mesmo com filhos. Tal como era, não correspondia às necessidades sentidas por muitos por não integrar completamente o adotando na família do adotado. Dava margem aos maiores abusos, dada a falta de fiscalização adequada.

A Lei nº. 4655/65, complementou as regras do Código Civil com o instituto da **legitimação adotiva**. Esta previa a possibilidade de se adotar menores de sete anos, que se encontrassem em situação irregular, com todos os direitos e deveres de filho legítimo, salvo o caso de sucessão hereditária. Era de caráter irrevogável.

O Código de Menores (Lei nº. 6697/79) veio desdobrar a adoção em três tipos.<sup>6</sup> Foram mantidos íntegros os dispositivos à Lei Civil relativos à adoção tradicional, nele regulamentada; ficou reservada a adoção simples ao menor em situação irregular, que dependeria de autorização judicial, e foi alterada a denominação da **legitimação adotiva**, que passou a ser **adoção plena**. Tivemos, pois, então, três modalidades de adoção:

- a) A adoção do Código Civil e legislação Complementar;
- b) A adoção simples;<sup>7</sup>
- c) A adoção plena (arts. 29 a 37 e 107 a 109).<sup>8</sup>

Tocante à adoção de descendentes por ascendentes, o Código Civil não a vedava. Atendidos os pressupostos objetivos previstos, não se poderia negar a averbação da escritura pública. Permitia-se que qualquer pessoa maior de dezoito anos pudesse ser adotada, mesmo com filhos. Somente os maiores de 30 anos poderiam adotar, ainda que casados, solteiros, desquitados, mesmo que já tivessem filhos de sangue. Não era proibida a adoção pelos ascendentes e pelos irmãos do adotando. Os casados, porém, depois de decorridos cinco anos a contar do casamento. O adotante deveria ser 16 anos mais velho que o adotado e ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, somente se fossem marido e mulher. O tutor ou curador, enquanto não desse conta de sua administração, não poderia adotar o pupilo ou o curatelado. Não se poderia adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal. Permitia-se a adoção por escritura pública, não se admitindo condição ou termo.

O sistema brasileiro não subordinava a validade da adoção à existência do justo motivo, o que ocorre em numerosas legislações que inclusive, condicionavam-na a uma convivência prévia. Amparo e oportunidade de integração do adotado à família e sociedade. Era precisamente a causa eco-

<sup>6</sup> Antônio Chaves, *Adoção*, Del Rey, pág. 69.

<sup>7</sup> Arts. 20; 27; 28; 82; 83, III; 96, I, 107 a 109, da Lei 6.657.

<sup>8</sup> Regulada pela Lei nº 6.657, arts. 29, 37 e 107-109.

nômica que, senão imediata, mas mediatamente, presidia a adoção os efeitos de natureza patrimonial, produzidos pelo estado de filiação resultariam natural e licitamente deste.<sup>9</sup>

#### IV – ADMISSIBILIDADE, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A doutrina anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente entendia ser possível a adoção de neto pelo avô (arts. 368 e 378 do C. Civil). Corrente liberal sustentava essa posição para a qual, à exceção dos filhos legítimos que não poderiam ser adotados pelos pais, outro grau de parentesco não impediria a adoção.

Numerosas foram as opiniões favoráveis na doutrina, tais as de Munir Cury, que adere a de Paulo Lúcio Nogueira; Aldo de Assis Dias<sup>10</sup>; João Francisco Moreira Viegas<sup>11</sup>; Antônio Saturnio Fernandes<sup>12</sup>; Planiol e Ripert<sup>13</sup> e Massimo Bianca<sup>14</sup>.

A hipótese não era meramente teórica. Noticiavam os jornais do dia 26/9/1962 que, em São Paulo, um cidadão, avô de uma criança, pretendia adotá-la como filho, tendo para tanto tomado todas as medidas necessárias, e numerosa jurisprudência admitia essa possibilidade.

A título de exemplo, podemos citar o acórdão da Sexta Câmara do TJRJ, de 22/03/1993, na Ap. 3998, Relator, Desembargador Cláudio Viana (ADV 63.630), no qual decidiu-se que, sendo maior a adotanda, não se aplica, nem analogicamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e que o Código Civil, regulador da adoção, não veda seja adotante o avô materno.

Ainda a 8ª Câmara, reg. em 12/4/1994, Ap. 2.861, Relator Desembargador Carpena Amorim, firmou entendimento no sentido de que, atendidos os pressupostos objetivos previstos na lei civil, não há como se negar a averbação da escritura de adoção de pessoa maior pelo avô no cartório competente, inaplicando-se, ao caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No TJSP, a 2ª Câmara v.u. de 6/3/1975, Ap. 234.102, Relator Desembargador Dias Filho: “é perfeitamente possível a adoção de neto pelos avós” (RT 496/103). Analogamente, a 4ª Câmara, em acórdão de 2/12/1969, diante do silêncio da lei considera “juridicamente possível a adoção dos netos pelos avós” (RJ 11/96). Ainda outro, de 26/2/1970, no que consignou-se: “A

---

<sup>9</sup> Antonio Chaves, in *Adoção*, Del Rey, pág. 249.

<sup>10</sup> *O Menor em face da Justiça*

<sup>11</sup> *Adoção de netos por avós* OESP 23/06/1985

<sup>12</sup> *As três formas de adoção* OESP 18/02/1986

<sup>13</sup> Planiol e Ripert - *Traité Elementaire de Droit Civil*, v. 1, p 572.

<sup>14</sup> Massimo Bianca - *Dirito Civile*, vol 2, pag 269/70

adoção deve ser facilitada. Admite-se, pois que avós adotem neto” (RT 418/139 e RJ 12/54).

Reconhecendo que o tema propicia discussões, com opiniões a favor e contra, invocou o Relator, Desembargador Médici Filho, a situação dolorosa das criancinhas nascidas de mães solteiras, seguindo o critério que, com exceção dos filhos legítimos, não podem ser adotadas pelos pais, qualquer outra situação de parentesco, normalmente, não deveria impedir a adoção. Invoca, ainda, a opinião de Planiol e Ripert; fazendo ver que, na prática, é freqüente a adoção por parte dos avós ou dos tios.

A 6ª Câmara do TJGB, em acórdão de 6/9/1974, entendeu, por maioria de votos, que embora incomum, nada impediria a adoção da neta pelo avô (RT 473/205). Naquela oportunidade, ressaltou o Relator, Desembargador Wellington Pimentel, que, salvo algumas exceções (como ocorre na Argentina, na então Checoslováquia e na Iugoslávia), segundo registra Gustavo Bossert, as legislações modernas não proibem a adoção entre parentes, e, quanto àqueles países, a vedação é limitada, apenas, à adoção entre irmãos.

No RE 89.457-8 GO, Relator Ministro Cordeiro Guerra, decidiu à unanimidade a 2ª Turma do STF, aos 17/11/1981 (RT 558/22): *“Adoção simples, de neto, feita pelos avós, por escritura pública, não é nula. Recurso extraordinário não conhecido.”*

Neste contexto não se pode olvidar as situações em que avô adota neto, tio adota sobrinho, justamente com interesses econômicos, ou seja, para lhes deixar uma pensão, em virtude da assistência que lhe foi dada pelo parente, o que representa um ato de gratidão, ou mesmo mera liberalidade. A jurisprudência tem reconhecido essa possibilidade.

Em interessante acórdão de 29/06/85, o Conselho da Magistratura do TJRJ analisou pedido de adoção plena, formulado por avós naturais, sendo já falecidos os pais do adotado. Frisou-se, ali, a irrelevância da existência de filhos pré-havidos, tios do adotado, aos quais este equiparar-se-ia, pela ausência de prejuízo, em virtude do fato de que, por morte dos adotantes, receberia de igual forma o adotado, por direito de representação, quinhão idêntico ao de cada tio, em função de sua orfandade paterna. Interpretação dos arts. 1.620, 1.621 e 1.623 do CC. Mesmo se admitindo fosse o adotado filho adulterino, por força do disposto no art. 51 da Lei do Divórcio, que alterou o art. 2º da Lei 883/49, recolheria ele quinhão idêntico aos dos filhos legítimos dos adotantes. (RT 611/171)

Finalmente, vale ressaltar ainda o julgamento do RE nº 85.457/GO, RTJ 100/683, STF), no qual o eminente Ministro Cordeiro Guerra asseverou sobre a possibilidade de avós adotarem netos órfãos ou desassistidos pelos pais. Proferido antes da vigência do ECA reputo-o, contudo, suma-

mente ilustrativo diante da conciliação que se há de fazer da regra vedativa da adoção pelos ascendentes com o que dispõe o exame de sua aplicação no interesse da criança e do adolescente.

Os óbices comumente levantados tais como o eventual prejuízo na sucessão concorrendo o adotado com seus tios; a confusão que advém como, **verbi gratia**, ser o “neto filho dos avós”, “irmãos dos tios” e da “própria mãe”, ou a eventual fraude a beneficiar os adotantes com pecúlios e pensões, não devam servir de óbice a esse instituto que objetiva essencialmente proteger o interesse da criança e do adolescente.

## V – INADMISSIBILIDADE NA DOUTRINA

O atual Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu **art. 42, § 1º**, expressamente veda a adoção de descendentes pelos ascendentes.

Antônio Chaves, doutrina com veemência ser a adoção do neto, do bisneto ou do irmão do adotante, por este, tão incongruente quanto a adoção do filho legítimo ou do reconhecido. A seu ver, não haveria sentido em um avô adotar o seu neto como seu filho, ensejando confusão familiar, já que seu filho passaria a irmão do seu neto, ou o pai irmão do próprio filho, ou ainda o filho cunhado da sua mãe, sem falar no marido mais velho que sua mulher 16 anos adotando-a como filha, ou vice-versa. Argumenta que consoante o bom senso a que o direito não pode fugir, não seria necessário que a lei escrita o dissesse, com todas as letras, que adoções, como as enunciadas, não são permitidas.

Sustenta-se a finalidade da nova legislação de vedar atos ilegítimos de fraude à lei, como na hipótese de diversas qualidades de pessoas com relações com a União, Estado ou Município, autarquias, entidades paraestatais, de economia mista e, ainda, sociedades anônimas, que adotam netos com o único propósito de fazê-los seus dependentes para fins de assistência médico-hospitalar e, até, para percepção de pensão que, na hipótese de militar, nunca mais cessará, nem pelo casamento, se a pessoa adotada for do sexo feminino.

Argumenta-se com o sentido da inconveniência da admissibilidade da adoção de descendentes por ascendentes, o que quebraria o sistema harmônico decorrente do parentesco natural, apoiado no fato da pré-existência do parentesco entre avós e netos, por laços de sangue.

Como pode se verificar, os fundamentos que alicerçam o comando legal, justificam, segundo tal doutrina, na incongruência de se transformar vínculo familiar preexistente e com características próprias em outro, que, seria matriz de novos parentescos (problemática genealógica e genética).

Embora ponderável e merecedora de todo o respeito pelo peso da autoridade dos Tratadistas que sustentam tal doutrina, coloco-me ao lado dos que, com idêntica erudição sustentam possível a Adoção do descendente visando o interesse do menor.

## **VI - A VEDAÇÃO LEGAL E A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO SISTEMA PARA ADMITIR A ADOÇÃO PELO ASCENDENTE MEDIANTE O PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ.**

Nesse estado de coisas, não quer nos parecer tenha mesmo o novel Estatuto da Criança, muito embora expressamente vedando a adoção de descendentes por ascendente, liquidado com a possibilidade legal que se quer ver reconhecida juridicamente.

Tal desiderato encontra apoio no art. 6º, do mesmo Estatuto, na interpretação teleológica que o informa dentro do sistema.

Não se pode vislumbrar inconciliável a vedação imposta pela regra do **art. 42, §, 1º**, com o texto do **art. 6º** da mesma lei.

Em caráter excepcional, no prudente arbítrio do juiz, na interpretação da lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e, notadamente, a condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Esse texto praticamente repete o **art. 5º do Código de Menores** quando determina prevalecer o direito do menor acima de qualquer outro. São notórias as circunstâncias de casos inúmeros de pais biológicos que desconhecem por completo seus filhos deixando-os entregues aos cuidados dos avós que passam a exercer com extremado amor e carinho as funções de verdadeiros pais, afigurando-se profundamente injusto e mesmo injurídico em face da norma do art. 6º negar-lhes o direito de adoção plena dos netos, quando tanto se permite a estranhos.

Nem por isso deixarão os netos de serem netos. Adquirem com a adoção também a condição legal de filhos de seus avós. A proclamada confusão genealógica que disso provém não se constitui bastante para impedi-la.

Assim, penso que a vedação contida no **§ 1º do art. 42** do Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser mitigada e ceder ante o princípio geral, excepcionando-a em cada caso frente as peculiaridades que apresentam e mediante o prudente arbítrio dos juizes a ver prevalente o interesse e o direito do menor, conciliando-se as legítimas pretensões dos ascendentes - escoimados de quaisquer abusos - de adotarem seus netos.