

TEORIA GERAL DA ADOÇÃO

Carlos Henrique Fernandes GASQUES

RESUMO: O presente trabalho visa abordar sistematicamente a teoria geral da adoção, visando fazer um apanhamento histórico a cerca da adoção destacando o instituto na fase pré-romana, romana, idade média até os dias atuais. Analisar o conceito de adoção porque através do conceito gera vários desdobramentos. Além disso o presente trabalho visa expor as possibilidades de adoção no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de demonstrar que com o advento do novo Código Civil não houve a revogação do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque ambos convivem harmonicamente, não havendo conflito entre eles. A adoção nos dias de hoje se faz necessários para que os menores abandonados sejam colocados em famílias alternativas e que recebam carinho, amor e afetividade destas famílias. Eis a importância da abordagem desse assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção; Família Alternativa; Menor; Estatuto da Criança e do Adolescente

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo de monografia expôs uma síntese geral a cerca da teoria geral da adoção, transcorrendo sobre a evolução histórica desse instituto tão importante e relevante para o direito, além de estabelecer vários conceitos trazidos pela doutrina sobre adoção e as divergências doutrinárias para a formação de um conceito pacífico sobre a adoção.

A pesquisa procurou discorrer sobre as normas regulamentadoras da adoção, dando uma maior ênfase ao Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser essa a principal lei que trata do assunto quando a adoção versar sobre menores de idade, que é o que ocorre na maioria das vezes nos juízos brasileiros.

Considerando também a criação do Código Civil (Lei 10.406/02), demonstraremos na pesquisa que o Código Civil não revogou as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente já que estes convivem harmonicamente entre si.

As considerações exposta na pesquisa fundaram-se em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, abordando também na pesquisa aspectos históricos e sociais para uma melhor compreensão a cerca do assunto por ser esse um dos direitos mais antigos existentes.

Por fim a pesquisa tem a finalidade de demonstrar a necessidade de fazer a colocação de menores em famílias alternativas, já que muita das vezes esses menores desamparados ficam a mercê de orfanatos e estes não são cuidados como deveria ser, por conta da grande demanda de menores abandonados sobrecarregando os orfanatos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto da adoção torna-se difícil saber-se qual o marco de seu surgimento, seja por diferenças de povos, crenças, ou porque cada nação começou a utilizar desse instituto em épocas distintas. Entretanto a adoção trata-se de um dos institutos mais antigos do direito, o marco inicial da adoção se dá na fase pré-romana, é nesse momento que se começa discutir o direito de adotar.

No Direito Romano era conhecido três tipos de adoção: *adoptio per testamentum*, *ad rogatio*, e *datio adoptionem*, sendo que cada uma possuía uma determinada finalidade.

Conforme nos ensina, Peres (2006, p.69):

O direito Romano conheceu três modalidades de adoção: 1ª) adoção testamentária (*adoptio per testamentum*), que se destinava a produzir efeitos após a morte do testador, sendo necessária a confirmação da cúria; 2ª) ad-rogação (*ad rogatio*), pela qual o adotado capaz se desligava de sua família de origem e se tornava um herdeiro de culto do adotante, havendo o consentimento de ambos; 3) adoção propriamente dita (*datio adoptionem*), pela

qual o incapaz se desligava de sua família de origem, sendo necessário que seu pai de sangue o emancipasse por três vezes, na presença do adotante. O pátrio poder se extinguia em relação ao pai biológico e passava para o adotante, que iniciava o incapaz nas práticas religiosas.

Conforme se observa a única espécie de adoção que especificamente tinha efeito adotivo, era a *datio adoptionem* porque nessa o pai que obtém a adoção possuía o pátrio poder sobre o adotado, enquanto as outras duas espécies de adoção *adoptio per testamentum* e *ad rogatio* possuíam efeito meramente relacionado ao direito de herança, a *adoptio per testamentum* possuía efeito após a morte, a *ad rogatio* seu efeito hereditário era produzido em vida desde que as duas partes consentissem.

Nesse período só os homens era legitimados e capazes para se valer da adoção, em função do pátrio poder que o homem tinha em relação a família, entretanto com o enfraquecimento da doutrina católica esse pátrio poder se enfraqueceu e passou-se admitir a adoção por mulheres em situações especiais. A mulher se poderia valer da adoção quando esta fosse mulher solteira e tivesse perdido seus filhos por algum motivo.

Com as invasões bárbaras, muitos diziam que tinha se extinguido a prática de adoção, porém o que ocorreu foi a modificação da necessidade da adoção, antes da invasão bárbara a prática da adoção era feita se fosse *datio adoptionem*, *adoptio per testamentum* e *ad rogatio*, agora a adoção tinha a finalidade de conseguir adotivos para a campanhas das guerras armadas empreendidas pelo pai que adotou.

No direito Germânico a finalidade da adoção era especialmente suprir a falta de testamento seja antes da morte ou após a morte, com a evolução histórica esse costume começou a desaparecer e na idade média já não se usava mais a adoção para suprir a falta de testamento, pois nessa época já existia o instituto do testamento.

A adoção permaneceu intangível e imodificável até a Época Moderna, entretanto com a criação de três legislações que regulava a adoção essa passou a dispor de outra finalidade e outro caráter.

Conforme nos ensina Silva Júnior (2008, p.92)

A adoção permaneceu inadaptada até a Época Moderna, quando surgiram três legislações que a regulamentaram: o Código Dinamarquês de 1683, o Código Prussiano de 1751 e o Codex maximilianus da Bavária, de 1756. O segundo influenciou a matéria do Código napoleônico (arts. 343 a 360), e esse, por seu turno, contribuiu para que a adoção fosse inserida em ordenamentos posteriores, de locais diversos.

No século XIX a adoção entrou em desuso e foi muito pouco praticada, contudo ela voltou a ganhar força após a primeira guerra mundial, nesse período a adoção teve um caráter mais humanitário, sua finalidade precípua era oferecer amparo familiar as crianças e adolescentes órfãos que tinha perdido seus pais na primeira guerra mundial nos campos de batalha.

No Brasil a primeira lei a mencionar a prática de adoção foi a consolidação das leis civis que obrigava os juizes a confirmar as adoções em situações especiais, como por exemplo os filhos adulterinos.

Depois de algum tempo a adoção foi inserida ao Código Civil de 1916 (Lei 3071/16) que reconheceu efetivamente o direito de adotar e ser adotado, desde que respeitando os requisitos da referida lei, como por exemplo, só poder se valer da adoção casais que possuíam filhos biológicos na constância do casamento. Posteriormente, mas precisamente em 1957 surgiu a Lei 3133/57 que eliminou a determinação de que somente casais com filhos poderiam adotar.

O Código Civil de 1916 (Lei 3071/16) embora reconhecesse a prática da adoção, ele previa diferença entre os filhos biológicos e os filhos adotivos, havia uma certa discriminação ao adotado, principalmente com relação ao direito de herança que o adotado não tinha direito a herança de seu pai.

Existia o problema de que os filhos adotados não eram totalmente integrado ao seio familiar que o recebia, não existia a relação de pai e filho entre adotado e adotante, ou se existisse essa era mais reservado em comparação da relação entre pais e filhos biológicos, os adotados nessa época recebia um tratamento desigual. Percebendo isso surgiu a Lei 4655/65 que tinha o efeito de efetivar totalmente o adotado ao seio familiar, mas percebia-se notadamente que a discriminação ainda existia.

No ano de 1988 o constituinte originário criou a Constituição Federal e com essa criação surge uma série de regras e princípios pautados essencialmente na igualdade entre as pessoas, além de muitos outros direitos consagrados no artigo 5º, assim se tornava insustentável as disposições contidas no Código Civil de 1916 porque esse tinha como fonte principal o patrimônio, não se priorizava muito os direitos relativo às pessoas, e a Constituição de 1988 sua principal proteção é a pessoa humana e sua dignidade ficando assim insustentável as diferenças que o Código Civil de 1916 fazia entre filhos biológicos e filhos adotados, especialmente referente ao direito de herança. Em decorrência dessa mudança de priorização de direitos que o constituinte originário implantou, percebendo a necessidade de modificação dos direitos relativos a adoção o legislador dois anos depois criou a lei 8069/90 que trazia as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo significativas mudanças sendo que a principal foi equiparar na forma da lei os filhos biológicos e filhos adotados.

Conforme entendimento de Silva Júnior(2008, p.93):

Seguindo, felizmente, a trilha aberta pelo constituinte em 1988- com as inovações em matéria de família, filiação e acolhendo o princípio da prioridade absoluta (CF/88, art. 227, *caput* e §6º, por exemplo) -, o Estatuto da Criança e do adolescente, Lei 8069/90, provocou a grande mudança no instituto da adoção, pois, além de revogar a legislação pátria que a essa era pertinente, eliminou todas as diferenças entre filhos adotivos e biológicos, definindo, claramente, que tal medida definitiva – de colocação de menores em famílias substitutivas – deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança e do adolescente (ECA, art. 43)

Como se observa a colocação de menores em famílias substitutivas deve priorizar a necessidade, interesse e direitos da criança e do adolescente e assim atribuir aos filhos adotivos os mesmos direitos ao filhos biológicos.

Era pacífico na doutrina que com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente passou a considerar dois tipos de adoção, a simples

(ou civil) com fundamento e regulamentação no Código Civil de 1916 e a plena (ou estatutária) disciplinada pelo estatuto da criança e adolescente.

Com o surgimento do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02), uma parcela da doutrina continuava considerando dois tipos de adoção, entretanto o estatuto da criança e do adolescente ao disciplinar sobre adoção estabelece uma adoção sem qualificativo, desprezando a necessidade de saber se é plena ou simples.

O Código Civil de 2002 mesmo sendo criado após o Estatuto da criança e do adolescente não revogou as disposições deste, pelo fato do Código Civil de 2002 se tratar de lei geral e o Estatuto da Criança e do Adolescente ser lei especial, entende-se que havendo conflito de lei prevalecerá o estatuto, com base no princípio da especialidade, que significa dizer que a lei que dispuser especificamente de determinado assunto prevalecerá sobre a lei que tratar de forma genérica o mesmo assunto.

Quanto aos locais que é feito o procedimento da adoção, para os menores de idade (0 a 18 anos) o procedimento ocorre no Juízo da Infância e da Juventude, e a adoção referente a maiores de idade (acima de 18 anos) ocorrerá na vara da família. A lei civil disciplina sobre a adoção de maiores e menores e o estatuto aborda somente a matéria de adoção aos menores, e como vimos pelo princípio da especialidade o estatuto prevalecerá na matéria de adoção de menores, sendo assim o procedimento de adoção de maiores será feito de acordo com as disposições da lei civil e os de menores o procedimento será nos moldes do estatuto.

3. CONCEITO

A adoção trata-se de uma filiação civil, ou seja, sua relação é exclusivamente jurídica, portanto a adoção só pode ser estabelecida através de um ato ou negócio jurídico que cria essa relação, na adoção não a relação biológica entre pai e filho, o que existe é apenas uma relação afetiva que cria o laço familiar, diferentemente da filiação biológica ou natural onde a relação entre pais e filhos se inicia de uma relação biológica e sanguínea.

Seja no Código Civil de 2002, ou seja, no Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção deve sempre levar em consideração duas finalidades, dar uma família para os menores desabrigados e desamparados e dar filhos aos pais que biologicamente não o possa ter, se não tiver presente nenhuma dessas finalidades a adoção começa a ter sua finalidade desvirtuada.

Cabe aqui ressaltar uma observação de Venosa (2007, p.254)

A adoção, na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento e levantará suspeitas.

Pode-se dizer que adoção é o ato ou negócio jurídico que estabelece uma relação afetiva entre pessoas, independentemente de relação sanguínea ou biológica, desde que preencha as duas finalidades da adoção quais sejam, dar amparo familiar aos menores abandonados, e dar filhos aos pais que biologicamente não possa ter.

Dentre os doutrinadores que concordam com essa disposição está Venosa (2007, p.253)

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato de adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filiação de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico

Observa-se que a adoção mesmo se tratando de um ato jurídico, o seu principal efeito, é a criação de uma relação afetiva, diferentemente de

outros atos jurídicos que na maioria das vezes cria uma relação obrigacional, obrigando as partes a cumprirem o que foi ajustado

No Código Civil de 1916 as normas foram criadas em benefício do adotante, pois o legislador dessa época protegia principalmente o patrimônio, e a finalidade de conceder adoção era dar aos pais que estavam impossibilitados de ter prole o direito de explorar economicamente os filhos adotados, além disso os adotados não gozavam do direito de herança do pai, demonstrando tamanha injustiça aos filhos adotados. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o enfoque do legislador é totalmente outro, pois o legislador tem como principal finalidade proteger o adotado, levando-se em conta a real vantagem do adotado na adoção, não prevalecendo mais a idéia de vantagem para o adotante, porque estaria distorcendo a finalidade da adoção. Posteriormente para consagrar a idéia do Estatuto da criança e do adolescente, legislador de 2002 ao criar o Código Civil, dispôs que “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando” (art. 1625), estendendo essa idéia tanto para os menores adotado e para os maiores adotado.

4. ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (LEI 10406/02)

Com o advento do novo Código Civil, não ocorreu a revogação do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois estes coexistem harmonicamente entre – si.

Desse modo entende Venosa (2007, p. 280)

Desse modo persiste a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em matéria de adoção, em tudo que não conflitar com as normas inovadoras introduzidas no corrente Código Civil.

O que resta de dúvida é a questão da competência, pelo fato do Estatuto da Criança e do Adolescente dispor sobre matéria de adoção somente

aos menores de idade e não fazer previsão aos maiores em relação ao instituto da adoção, tem entendido a doutrina e jurisprudência que os processos relativos aos maiores deveriam ser processados nas varas de família e regido pelo Código Civil e no que for omissivo este código aplica-se as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente. Quanto aos menores eles vão ser processados pelo Juízes da infância e da juventude e as regras aplicadas serão a do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente entrou em vigor em 1990 através da lei 8069/90, e está em acordo com a Constituição Federal de 1988. A parte do estatuto destinada à regulamentação da adoção está entre os artigos 39 a 52-D do referido estatuto.

A grande e louvada inovação trazida pelo o Estatuto da Criança e do Adolescente foi a equiparação de direitos dos adotados aos filhos biológicos, inclusive no direito sucessório. Antes do estatuto o adotado não gozava dos mesmos direitos dos filhos biológicos, fato esse que era repudiado pela doutrina e percebendo tamanha injustiça o legislador de 1990 estabeleceu direitos iguais aos filhos biológicos e adotados.

Quando a pessoa é adotada rompe-se todo o vínculo que se tinha com sua família biológica, a única exceção é a permanência do impedimento legal quanto ao matrimônio com sua família biológica. A partir do momento da adoção os vínculos serão estabelecidos todos na sua família alternativa, inclusive o sucessório, conforme disposição contida no artigo 41 do estatuto.

O Estatuto ainda fez várias inovações e tem determinada uma série de regras para conceder a adoção, das quais sejam:

- a) Um dos cônjuges ou concubinos poder adotar o filho do outro, artigo 41,§1;

- b) Os maiores de 18 anos têm legitimidade para adotar, antes do estatuto era concedida a adoção somente para os maiores de 21 anos, artigo 42;
- c) O adotante não pode ser adotado pelos seus ascendentes e os irmãos, artigo 42,§1;
- d) No caso de adoção conjunta é necessário que os adotantes sejam casados ou que convivam em união estável, artigo 42§2;
- e) Conforme era antes o adotante tem que ser dezesseis anos mais velhos que o adotado, existe essa regra para que a família alternativa seja o mais parecido possível com a família biológica, eis o motivo desse lapso temporal, artigo 42,§3;
- f) Os divorciados e separados podem adotar conjuntamente desde que fique estabelecido entre as partes o direito de visita e guarda do adotado, além de ter que comprovar o estado de conveniência entre as partes, desde que tenha sido iniciado na constância do período, artigo 42, §4;
- g) Será indeferida a adoção se ficar demonstrado reais benefícios ao adotante, ou se fundar-se em motivos ilegítimos, artigo 43;
- h) O Tutelado ou curatelado não pode adotar quem esteja sob sua guarda, artigo 44;
- i) A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, entretanto o consentimento é dispensado se o pai seja desconhecido ou tenha sido destituído do poder familiar. Em se tratando de adotando maior de doze anos este também consentir para a adoção, artigo 45 e §§1º e 2º. A negativa do menor de 18 anos não condiciona a decisão do Juiz, mas se o juiz mesmo com a negativa do menor conceder a adoção esta deverá ser calcada por maiores cuidados, em se tratando de maior de 18 anos não resta dúvida que não será possível adotar se o adotando não

consentir com a adoção, o motivo é que este já é capaz de seus atos ;

- j) Para a adoção ser concedida será fixado um prazo de convivência estabelecido pela autoridade judiciária, observando cada caso especificamente, artigo 46. Este prazo poderá ser dispensado se o adotando e adotante já estivesse em convivência entre eles, tornando desnecessária a fixação de prazo, artigo 46, §1;
- k) A adoção será constituída por sentença judicial e não se fornecesse certidão, artigo 47, caput;
- l) Com a morte dos adotantes não se restabelece o poder familiar dos pais naturais, artigo 49.

Para a adoção ser viável é necessário preencher todos esses requisitos acima citados. Além desses e talvez o mais importante seja o requisito de ordem subjetiva, que leva em conta a vontade dos interessados, o carinho, o amor, a afetividade, interesse em dar um lar ao adotante, esse requisito está ligado a vontade íntima e subjetiva do adotante e adotando, nesse caso o juiz faz um juízo de valoração íntima dos sujeitos da relação no processo de adoção, pesando sempre mais o requisito de ordem subjetiva em detrimento dos outros.

O adotante não pode sofrer de nenhuma restrição quanto ao seu estado civil, este pode ser casado, viúvo, solteiro, divorciado, etc. A adoção ela pode ser singular ou conjunta. Singular é aquela obtida por uma única pessoa, já a conjunta se dá em matrimônio ou união estável, a grande dúvida doutrinária e jurisprudencial seta na possibilidade de casais homoafetivos gozar do direito de adotar conjuntamente.

Nesse sentido nos ensina Venosa (2007, P. 269)

Não a qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção, como percebemos, pode ser singular ou conjunta. A adoção conjunta é admitida por casal em matrimônio ou em união estável,

entidade familiar reconhecida constitucionalmente. Se não são ainda os companheiros homoafetivos reconhecidos como entidade familiar reconhecida constitucionalmente, a eles não é dado adotar conjuntamente. Alguns julgados ensaiam já essa possibilidade. O futuro dirá se a sociedade aceitará essa situação. Poderá o indivíduo homossexual adotar, contudo, dependendo da avaliação do juiz, pois, nessa hipótese, não se admite qualquer discriminação.

Como se observa a adoção singular por homossexuais, é possível porque não se pode discriminar alguém e restringir seus direitos em razão de sua orientação sexual, a grande dúvida é a adoção conjunta por parceiros homoafetivos, já que estes não são reconhecidos como entidade familiar.

6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa abordou a questão da teoria geral da adoção e suas disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002.

Na pesquisa foi feito um levantamento histórico e observou que sua origem não se sabe ao certo quando se deu, mas a adoção é um dos institutos mais antigos do direito e seu marco inicial provavelmente se deu na fase pré-romana e se estendeu até os dias de hoje.

Em seguida observou-se o conceito de adoção que não é pacífico na doutrina, mas o mais condizente com o direito brasileiro é afirmar que é o acordo de vontades entre as partes e os atendimentos aos requisitos legais que dispõe sobre adoção.

Depois se verificou que com o advento do Código Civil de 2002 as regras estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente não foram revogadas porque essas duas leis não se conflitam, ambas convivem harmonicamente, e, portanto, aplicam-se a adoção as duas leis, mas se adotado for maior de idade aplica-se as regras do Código Civil de 2002 e se

essa for omissa aplica-se subsidiariamente as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em seguida foi tratado do Estatuto da Criança e do Adolescente, observando seus requisitos legais para conceder a adoção, foi constatado que a requisitos de ordem objetiva, a título de exemplo o adotante só pode adotar se for maior de dezoito anos, e requisitos subjetivos que são analisados as circunstancias pessoais de adotante e adotando, levando-se sempre em conta o afeto, carinho, amor, o estado de convivência, as características pessoais, a possibilidade de essa família alternativa possibilitar uma vida digna ao adotando e etc. Pelo fato do Estatuto da Criança e do Adolescente dar maior proteção ao adotado e por ser regra específica referente a adoção é aplicado aos menores as disposições do Estatuto e de forma subsidiária as regras do Código Civil de 2002.

Conclui-se que a finalidade da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente é possibilitar uma vida mais digna aos menores desamparados através de famílias alternativas que estejam dispostas a oferecer carinho, amor, segurança, afeto e etc. já que estes não recebem o cuidado que deveria nos orfanatos em razão da grande demanda de menores desamparados, ficando praticamente impossível dos orfanatos brasileiros darem á devida atenção que esses menores merecem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Gen, Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

Fustel de Coulanges. **A cidade antiga:** texto integral. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007-2008.

ADOÇÃO: aspectos jurídicos e metajurídicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais:** fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.