

## Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?

WALDYR GRISARD FILHO

### SUMÁRIO:

1. Plano do Trabalho; 2. Introdução; 3. Adoção – Breves Noções; 3.1. Conceito e Finalidade; 3.2. Evolução Histórica; 3.3. Natureza Jurídica; 3.4. Modalidades e Requisitos; 4. Adoção Unilateral; 4.1. Sua Excepcionalidade; 4.2. Formas Possíveis; 4.3. Peculiaridades; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

#### 1. Plano do Trabalho

Dedica-se este trabalho a explorar um tema pouco versado na doutrina menorista: a adoção unilateral. Além disso, investigar se tal adoção é verdadeiramente plena, embora menor o adotando.

Uma breve e necessária introdução abre este estudo, situando o problema no plano geral da adoção, uma das formas de integração familiar do menor, traçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em decorrência da orientação constitucional.

Em seguida, perpassará por breves noções deste instituto, seu conceito e finalidade, sua evolução histórica, sua natureza jurídica, suas atuais modalidades e requisitos para constituição do vínculo adotivo.

Mais adiante, em especial atenção, destacará dentre estas a adoção unilateral, sua fonte legislativa, sua excepcionalidade em relação ao modelo privilegiado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, as formas possíveis de se realizar e algumas questões peculiares, para em seguida concluir, buscando uma resposta à questão título deste trabalho.

Por último, apresenta o rol das obras que foram consultadas à sua elaboração.

#### 2. Introdução

O caput do art. 227 da Constituição Federal proclama a co-responsabilidade da família, da sociedade e do Estado na efetiva proteção dos direitos fundamentais do menor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo o propósito do legislador constituinte, reafirma estes direitos em seu art. 4º, especificando-os nos arts. 7º a 14 (direito à vida e à saúde), 15 a 18 (direito à liberdade, ao respeito e à dignidade) e 19 a 24 (direito à convivência familiar e comunitária), excepcionalizando a colocação do menor em família distinta à sua de origem, dita substituta, não como invasão do âmbito privado da família, antes, para suprir subsidiariamente suas falências quando afetam o menor.

Tem o menor o prioritário direito, como lhe assegura a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e com força de lei interna, de acordo com o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, a ser criado e educado, em primeiro lugar e por certo, no ambiente natural de sua família de sangue, mesmo carente de recursos, como condição indispensável ao seu pleno desenvolvimento e à sua integral formação, para poder assumir suas responsabilidades no seio da comunidade.

Todavia, na impossibilidade da permanência do menor em sua própria família biológica, por violação ou ameaça a seus direitos fundamentais, terá lugar então, e excepcionalmente – excepcionalidade que surge das circunstâncias extraordinárias que lhe dão origem –, sua colocação em família substituta, capaz, igualmente, de lhe oferecer experiências positivas e garantir-lhe a sobrevivência em condições dignas. Tal impossibilidade variará segundo a sua maior ou menor eventualidade. E é este aspecto que determina o grau da função supletiva familiar: a guarda, a tutela ou a adoção.

Ao assumir a condição de família substituta, em seu grau mais elevado, para o caso de a substituída não mais produzir seus efeitos, assume a nova família todos os direitos e deveres que naturalmente competiam àquela família de origem, quais os derivados do princípio constitucional insculpido no caput do art. 227 e sintetizados no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O caráter definitivo da substituição revela-se na adoção, porque extingue a autoridade parental e rompe todos os vínculos do adotado com sua família de origem, tornando-se permanente, o que se expressa na sua irrevogabilidade, tal como o vínculo de sangue.

Dispõe o art. 227, § 6º da Constituição Federal, que os filhos havidos por adoção terão os mesmos direitos e qualificações que os conferidos aos filhos biológicos. Esta regra é repetida no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Adotado, desliga-se o menor de qualquer vínculo com pais e parentes consangüíneos, ressalvados os impedimentos matrimoniais.

Com efeito, a adoção prevista na lei estatutária rompe absoluta e definitivamente o vínculo de

filiação preexistente entre o menor e seus genitores, atribuindo-lhe uma nova relação de filiação, que substitui a original. Este duplo efeito da adoção é previsto nos arts. 41 e 47, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente.

Entretanto, prevê o § 1º, do art. 41 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. Neste suposto, a ruptura dos vínculos consangüíneos com pais e parentes do adotado, relativiza-se. Trata-se aqui da chamada adoção unilateral, para convolar em direito situações fáticas não contempladas no ordenamento precedente.

### 3. Adoção – Breves Noções

#### 3.1 Conceito e finalidade

Não é tarefa fácil definir adoção, pois cada legislação lhe deu características próprias, levando em conta um determinado momento histórico.

Para a maioria dos autores, é ato jurídico bilateral, solene e complexo, de caráter humanitário, que cria um vínculo fictício de paternidade/maternidade e filiação, entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.

Conceitos assim ditados, de pura conotação jurídica, fundados exclusivamente na letra da lei, perseguem somente as razões legais de seus efeitos e representam uma face apenas deste instituto, a menor delas, assinala LUIZ EDSON FACHIN. Hoje, põe-se de manifesto como típica instituição de proteção do menor por quem pode oferecer-lhe um vínculo afetivo fundamental para se desenvolver como ser humano e dar-lhe um marco sociocultural na ambiência familiar. Repetir, como a maioria, que a adoção é uma ficção legal, ou jurídica, tanto da paternidade/maternidade como da filiação, implica negar-lhe os aspectos éticos que nela se fazem presentes. Como ato humanitário, é pálida sombra dos sentimentos que compromete a realidade pessoal e familiar que pode gerar. Ela é algo muito distinto da beneficência: é um vínculo criado pelo amor, pela convivência, às vezes muito mais forte do que o que nasce do sangue, diz Guillermo A. Borda.

Por certo, não escaparão às críticas, os conceitos que priorizarem o instituto por seus efeitos e não por seu conteúdo. Por isto, deve-se refletir mais a respeito e encará-lo sob as condições socioculturais, políticas, econômicas, psicológicas e éticas do momento atual.

Pode-se dizer da adoção, então, o que diz o Código de Família de El Salvador, em seu art. 165, que es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral, tendente a criar um vínculo legal – não fictício – que não se apóia no nexo biológico, senão na convicção de que o amor filial não se limita àquele, como ensinam Stilerman-Sepliarski.

Sua finalidade foi diversa, conforme cada momento histórico em que esteve presente. A adoção deve encontrar na tutela dos interesses fundamentais do menor seu próprio centro de gravidade, pelo que se deve chegar sempre à solução mais adequada ao desenvolvimento de sua personalidade em um contexto de vida sadio, equilibrado, afetivo e educativo.

#### 3.2 Evolução histórica

O instituto da adoção, como de Direito de Família, surgiu na mais remota Antigüidade, com motivações distintas das que apresenta hoje. Na Índia antiga, a adoção visava assegurar a perpetuidade da família por varonia, pois ao varão cabia celebrar os cultos religiosos. Por isto, as Leis de Manú permitiam a adoção, mas somente entre um homem e um rapaz da mesma classe. Outro exemplo da remotividade do instituto nos dá o Código de Hamurabi, mais de 1.500 anos antes de Cristo, nos §§ 185 a 193: se um cidadão adotou uma criança desde o seu nascimento e a criou, essa criança adotada não pode ser reclamada.

Na Bíblia, a Lei do Levirato (Deuteronômio, 25-5) obrigava os irmãos do esposo morto a desposar a cunhada para dar-lhe descendência "a fim de que o seu nome não se extinga em Israel". Sua finalidade era conferir descendência, a quem não a tinha e, desta maneira, assegurar a subsistência da família, com a conseqüente transmissão do nome, do patrimônio e do culto aos deuses.

Séculos depois, o talento romano encontrou na adoção meio de continuar o culto familiar. De profunda concepção religiosa, significava uma catástrofe para a família que terminava sem a transmissão do culto familiar. A religião exigia, imperiosamente, que a família não se extinguisse. Por isto, quando a natureza negava a descendência biológica, socorria-lhe a adoção, como meio de continuação da família.

Em Roma, através da adoção, também se alcançava determinados efeitos políticos: obter a cidadania, transformando o plebeu em patrício e vice-versa, visando o ingresso no tribunalato; preparar a transmissão do poder (Tibério e Nero, que foram adotados por Augusto e Cláudio,

respectivamente). Por vezes, a adoção tinha finalidade econômica, deslocando-se mão-de-obra excedente em uma família para outra que dela precisasse.

Foram conhecidas duas formas de adoção: a *adrogatio* e a *adoptio*. Pela primeira, um cidadão *sui iuris*, que não está sob a autoridade de nenhuma pessoa, toma como filho outro cidadão *sui iuris*, sob a aprovação do povo reunido em comício. Pela segunda, adoção propriamente dita, o adotando era um *alieni iuris*, ou seja, pessoa sob o pátrio poder de outra, que, por contrato, era vendida ao adotante, mediante intervenção do magistrado.

A adoção produzia o efeito de desligar completamente o adotado de sua família de origem, passando a integrar a família adotiva. Sob JUSTINIANO (533 d.C.), a *adoptio* plena só produzia este efeito quando o adotante fosse ascendente do adotando.

Os germanos conheceram vários tipos de adoção, de caráter patrimonial – *adoptiones in hereditatem* –, explicados por não pertencer a propriedade ao indivíduo, mas a toda a comunidade familiar, só se conhecendo a sucessão *ab intestato*. Sem descendência e para resolver a sucessão patrimonial, recorria-se à adoção.

Na Idade Média, desapareceu. Para isto muito contribuiu a Igreja, que via a adoção como “adversária” do casamento, pois se pessoas podiam ter filhos não naturais para imitação da natureza e amparo delas na velhice, podiam dispensar o matrimônio, desestimulando-se para este, noticia Hélio Borghi.

Na Espanha, a Lei das Sete Partidas recepcionou o direito justiniano. Distante dos costumes do povo, não teve aceitação. Na França, praticamente desaparecido, ressurgindo no início do século XIX, com o Código de Napoleão, com fins sucessórios, pois interessava ao próprio imperador adotar um de seus sobrinhos para fazer dele o sucessor que lhe negara Josefina.

A Primeira Grande Guerra fez ressuscitar a adoção. As dolorosas consequências do conflito, com um enorme contingente de órfãos e abandonados, privados de suas famílias, foram circunstâncias que comoveram a opinião pública e os legisladores. A adoção saiu da letargia e entrou em uma fase de pujança legislativa, daí surgindo a adoção internacional.

Neste caminho, sofreu transformações em sua finalidade. Concebida, originariamente, no interesse do adotante, para assegurar a perpetuidade da família e dos ritos domésticos, passou à transmissão do nome e do patrimônio. Modernamente, está ordenada no melhor interesse do menor, tendo por fim protegê-lo, mediante inserção em uma família que lhe dê amor, educação, felicidade e o prepare para a vida de relação. É uma verdadeira instituição de proteção familiar e social, para dotar o menor de uma família que lhe assegure seu bem-estar e seu desenvolvimento integral.

No Brasil, o tema foi quase ignorado pelas Ordenações, que não o regulou convenientemente, devendo as questões ocorrentes ser decididas à luz do Direito Romano e estrangeiro, subsidiárias das leis nacionais, anota Pontes de Miranda. Maior ênfase lhe deu o Esboço, de Teixeira de Freitas (arts. 1.625-1.633).

Instituído pelo Código Civil de 1916 (arts. 368-378), com todas as exigências originárias, estava fadado ao desuso. Para reerguê-lo, modificou-o a Lei nº 3.133, de 18 de maio de 1957, reduzindo a idade do adotante para 30 anos (era 50) e a diferença de idade entre adotantes e adotados para 16 anos. Também estabeleceu o quinquênio de casamento para adotar e dispôs sobre o consentimento do adotando, o direito ao nome, à sucessão e ao desfazimento do vínculo. Sem o êxito esperado, continuou em desuso.

Em 1965, a Lei nº 4.655 instituiu a legitimação adotiva, forma mais ampla de adoção, pela qual o adotado ficava quase equiparado nos direitos e deveres do filho legítimo, salvo nos casos de sucessão hereditária. Estas alterações foram ainda insuficientes ao pleno sucesso do instituto. A Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1969, que instituiu o chamado Código de Menores, realizou significativo avanço na evolução da adoção, que passou a acolher a teoria da proteção integral do menor. Além de manter a adoção regulada pelo Código Civil, distinguiu a adoção simples, destinada aos menores em situação irregular, e a adoção plena, substituindo com vantagem a precedente legitimação adotiva.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, apenas, sobre a adoção (art. 227, § 5º), sem distinguir quaisquer de suas atuais formas, simples ou plena, abolindo a diversidade dos efeitos de uma ou de outra (art. 227, § 6º). Em decorrência, foi editada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, revoga o até então vigente Código de Menores, consolida a teoria da proteção integral do menor (art. 1º) e unifica as duas formas de adoção previstas na lei revogada, cuidando de uma só delas nos arts. 39 a 52, a adoção plena. Neste contexto é que insere a adoção unilateral (art. 41, § 1º), objeto deste estudo.

São seus destinatários os menores em geral, independentemente de sua situação, assim consideradas crianças as pessoas até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º).

### 3.3 Natureza jurídica

Ao desbordar-se acima o conceito e a finalidade da adoção e sua evolução legislativa, percebe-se a dificuldade em estabelecer-lhe uma noção com valor universal e permanente, tendo sido inicialmente uma coisa e chegado a outra. Igual dificuldade encontra a doutrina para estabelecer sua natureza jurídica: contrato, ato, ficção ou instituição?

Estes distintos qualificativos reduzem a natureza jurídica da adoção ao conteúdo jurídico expresso e esterilizado na letra da lei, razões legais de seus efeitos, afastando-a da realidade a que deve servir e a distanciando de seus fins.

A adoção como contrato é absurdo: a igualdade das partes, a autonomia da vontade estão muito distantes de seu sentido. Esta teoria, de nítida influência privatista, é vivamente marcada pelo dogma do liberalismo, que teve vigência até o aparecimento do Estado intervencionista, quando passou a ser caracterizada como ato jurídico. Deve mesmo ser afastada como essência do instituto, que estabelece um vínculo espiritual, ético, moral, sem conteúdo econômico. Como contratar uma relação de paternidade/maternidade e filiação? O menor situa-se no lugar de sujeito e não de objeto de direito.

A idéia da ficção jurídica implica repudiar os aspectos psicológicos e afetivos da realidade vital da pessoa humana.

No atual Estado Democrático de Direito, em que se constitui o Brasil (art. 1º da Constituição Federal), põe-se de relevo a co-responsabilidade da família, da sociedade e do Estado na proteção do menor (art. 227). Como instituição de feição pública, reclama a intervenção do Estado-juiz para consolidar o vínculo de parentesco (art. 227, § 5º), não sem o ato volitivo do adotante, integrado eventualmente por outras pessoas e até pelo próprio adotando (art. 45). Neste momento de formação do ato adotivo dá-se um contrato de Direito de Família; no anterior, quando intervém o juiz, revela-se a face institucional da adoção, constituída por sentença, que lhe dá solenidade, estrutura e projeta seus efeitos.

Este debate se encerra no texto do art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente: o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, marcando a presença do Estado no estabelecimento do vínculo adotivo. A adoção tem, sem dúvida, um caráter institucional.

### 3.4 Modalidades e requisitos

De igual a outros ordenamentos, no atual brasileiro, a filiação adotiva submete-se a um regime dualista, segundo seja estabelecida à luz dos arts. 368-378 do Código Civil ou dos arts. 39-52 do Estatuto da Criança e do Adolescente. À primeira dá-se a designação de simples, comum ou restrita. À segunda, plena. A adoção simples concerne ao nascituro (de rara casuística) e à pessoa maior de dezoito anos (que não se subsume à hipótese do art. 40 do Estatuto) e não será definitiva ou irrevogável, mantendo o adotado todos os direitos e deveres com sua família de origem. É estabelecida por escritura pública e o vínculo de parentesco que estabelece limita-se ao adotante e ao adotado. A adoção plena concerne ao menor de dezoito anos e será definitiva e irrevogável, desligando o adotado de qualquer vínculo com seus pais de sangue, salvo os impedimentos matrimoniais. O vínculo surge somente por decreto judicial e traduz a mais completa integração do adotado na família inteira do adotante.

No direito anterior à Constituição de 1988, havia distinção entre filhos matrimoniais e adotivos quando concorriam com filhos biológicos à sucessão do adotante, percebendo quotas diferenciadas segundo a precedência ou superveniência de filhos biológicos. Na atualidade, existe completa equiparação entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção em todos os direitos, inclusive sucessórios (art. 227, § 6º da Constituição Federal). Esta transformação relacionada à filiação foi confirmada pelo art. 20 do Estatuto, encerrando definitivamente o debate a respeito no Direito Civil brasileiro: não há mais qualquer restrição de ordem legal quanto à natureza da filiação; filho é filho, não importando se concebido ou não no casamento, entre parentes ou adotivos. A filiação, agora, será sempre legítima e só legítima.

São diferentes os requisitos de constituição de uma e de outra das formas adotivas. Em ambas as classes, os requisitos são de fundo, e dizem aos sujeitos da relação, e de forma, que são os relativos ao processo judicial. Aos objetivos deste trabalho, interessam somente os subjetivos relativos à adoção plena entre nacionais brasileiros, adiante resumidos.

Somente poderá haver adoção na conformidade da lei especial, pela forma plena, de menor de dezoito anos, salvo se, passada esta idade, já estiver o adotando sob a guarda ou tutela do

adotante. O adotante, independentemente de seu estado civil, deve ter mais de vinte e um anos de idade e ser, no mínimo, dezesseis anos mais velho que o adotando. A adoção pode ser simples ou singular ou conjunta, também chamada dual ou plural, se realizada por solteiro ou casal ou concubinos, respectivamente, eliminado o tempo da união, bastando a prova da estabilidade da família e expressar reais vantagens ao adotando. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, porque rompe definitivamente os vínculos naturais da filiação e parentesco. Mas podem adotar conjuntamente os divorciados e os separados judicialmente, desde que tenha havido um período de convivência com o menor na vigência da união, exigindo-se, apenas, o acertamento sobre guarda e visitação.

A adoção exige o consentimento dos pais ou dos representantes legais do menor, dispensado se desconhecidos ou destituídos do pátrio poder, e deste próprio, se maior de doze anos, e será precedida de um período de convivência, formalizando-se por sentença judicial, devidamente inscrita no registro civil, tornando-se, daí, irrevogável. É vedada a adoção por procuração.

Os efeitos da adoção consistem na atribuição da condição de filho ao adotado ao mesmo tempo que na cessação do vínculo biológico precedente, conferindo ao adotado os mesmos direitos e obrigações de filho biológico, pessoais e patrimoniais. Pessoais, o direito ao nome e ao parentesco; patrimoniais, o direito a alimentos e à sucessão. A estes direitos, correspondem deveres aos novos pais, guarda, criação, educação e fiscalização. Na contramão, também correspondem deveres aos adotados, de respeito e obediência.

O adotado sofrerá duplo impedimento matrimonial, um em relação à sua anterior família e outro em relação à nova família, pelas mesmas razões éticas dos impedimentos decorrentes do parentesco biológico.

Satisfeitos os requisitos pessoais e formais da adoção, revela-se absoluto o efeito nobre da adoção, emoldurado no caput do art. 41 da lei protetiva: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Entretanto, o próprio Estatuto disciplina um modo todo particular de garantir a inserção familiar do menor, que excepciona a regra acima, e outras. É o que veremos a seguir.

#### 4. Adoção Unilateral

##### 4.1 Sua excepcionalidade

As unidades familiares formadas por um só dos genitores e seus filhos (família monoparental), decorrentes, principalmente, da viuvez, da separação ou do divórcio ou por opção pela maternidade, tendem a se reconstituir, formal ou informalmente, gerando ou não filhos comuns. As segundas, terceiras ou mais uniões são uma viva realidade social.

Neste suposto, a biparentalidade fática que se estabelece entre o cônjuge ou concubino da mãe ou do pai biológico e o menor (parentesco por afinidade) pode tornar-se de direito diante da possibilidade de ser concedida a adoção pela forma prevista no § 1º, do art. 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente: 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, permitindo que a substituição ocorra apenas na linha paterna ou materna, unilateralmente. Poder-se-ia dizer, uma adoção semiplena.

Nesta hipótese especial de adoção, de filho do cônjuge ou concubino, ao tempo em que não são derogados os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e seus respectivos parentes, porque não desaparece o pátrio poder do pai ou da mãe consangüíneos, vincula, simultaneamente, o adotado ao pai ou mãe adotante e, também, a seus respectivos parentes.

É este caráter híbrido da adoção unilateral que determina duplo impedimento matrimonial ao perfilhado, ressalvado pelo caput do art. 41 do Estatuto: um em relação a sua família de sangue, outro em relação a sua família adotiva.

Nesta dimensão, restando possível a manutenção dos vínculos com o genitor biológico, esta particular forma de adoção abre exceção legal não só à regra geral da total e absoluta ruptura dos vínculos do parentesco consangüíneo mas também da que faz depender toda adoção da prévia destituição do pátrio poder dos pais. Casados ou concubinados os adotantes, excepciona a adoção conjunta enquanto é realizada por um só dos parceiros.

##### 4.2 Formas possíveis

Identificam os autores três hipóteses em que pode ocorrer a adoção unilateral. Uma, quando o adotando foi reconhecido apenas por um dos genitores, que (só ele, portanto) expressamente consente na adoção por seu cônjuge ou concubino. Outra, quando o adotando foi reconhecido

por ambos os genitores. Nesta hipótese, além do consentimento de um deles, condiciona-se a adoção à destituição do pátrio poder do outro. E outra mais, quando tenha falecido o pai ou a mãe biológica.

Não se vislumbra nenhum problema na primeira destas hipóteses. Havendo concordância do pai ou da mãe biológica conhecido (art. 45 da lei estatutária) e apresentando reais vantagens para o adotando (art. 43 da mesma lei) a adoção será deferida. Anotam Cury, Amaral e Silva e Garcia Mendez existirem decisões favoráveis à adoção por padrasto (JTJ 136/48) como em sentido contrário, quando as avaliações psicossociais não recomendarem a medida (Ap. Cv. 36.371-0, Cm. Esp. TJSP).

Igualmente, na segunda hipótese, não haverá problema algum se com ela consentir um dos genitores e o outro, inadimplente com seus deveres paternos, for levado à perda do pátrio poder em processo contencioso. Aqueles mesmos autores indicam julgados no sentido do deferimento da adoção ao companheiro da mãe (A.I. 12.989-0, Cm. Esp. TJSP) e no da negação desta, ao incorrer situação de abandono por parte do pai biológico, que presta assistência material e exerce o direito de visitas (Ap. Cv. 25.922-0, Cm. Esp. TJSP).

Na última hipótese, de falecimento de um dos genitores, porém, há divergência. Para alguns, basta a concordância do genitor sobrevivente com quem viva o menor e o preenchimento dos demais requisitos legais para o deferimento da adoção, pois a morte é causa de extinção do pátrio poder, por força do art. 392, I, do Código Civil. Para outros, a questão não é tão simples como possa parecer. Quando o menor tiver pais declarados, sendo um deles já falecido, não mais será possível a adoção unilateral por ausência de consentimento dos pais, exigido pelo art. 45 do Estatuto, que só abre exceção em relação aos menores cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder, consoante o art. 395 do Código Civil, que envolve situações diversas das que provocam a sua extinção.

É certo que na dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges o pátrio poder compete ao sobrevivente, que o exercerá plenamente, sempre nos limites fixados em lei. Para aí, entretanto, não imigram os direitos de disposição da identidade nem do nome do menor, porque são indisponíveis. O menor, como sujeito de direito, tem uma procedência, um nome, uma identidade e múltiplas relações familiares em um determinado espaço sociocultural, que a lei deve respeitar, como claramente estabelece a Convenção sobre os Direitos da Criança. A adoção unilateral de quem tem pai ou mãe declarados, sendo um deles falecido e consentindo o outro, desrespeita estes direitos e alija o menor de sua verdadeira identidade familiar, seu mundo.

Neste caso, persistindo o propósito adotivo do cônjuge ou concubino do pai ou da mãe biológica, o ato poderá realizar-se pela forma simples, prevista no Código Civil, quando o adotando então plenamente capaz poderá manifestar-se a respeito. Para solucionar semelhantes e constrangedoras situações ao tempo do Código de Menores era admitida possível a adoção simples de menores por cônjuges de suas mães, como se vê, a modo de exemplo, nestes julgados:

"Se apenas o cônjuge varão pode receber o menor como adotivo, pois sua esposa é a própria mãe deste, não há que se deferir a adoção plena [...] Poderá, no entanto, ser viável a adoção simples, sem exclusão do pátrio poder da genitora. (RT 614/46, dez./ 86)"

"Não se pode acolher pedido de adoção plena de enteado formulado unilateralmente pelo padrasto [...] Por outro lado, tal medida só pode ser deferida a casais, e não a um cônjuge separadamente. Nestas circunstâncias, têm-se admitido possível a adoção simples, sem exclusão de o pátrio poder da genitora, em caráter excepcional. (RT 653/88, mar./ 90)"

No plano psicossocial, observa Maria Josefina Becker, a adoção unilateral será indicada somente nos casos em que não haja vínculos de qualquer natureza com a filiação natural anterior ou com parentes, como avós, tios, etc., na linha admitida pela Lei francesa 93-22, como informa Arias de Ronchietto: a adoção plena só é possível para o caso de filho com um único progenitor determinado.

#### 4.3 Peculiaridades

Diz Antônio Chaves que as mais de 1.800 páginas que consagraram à adoção estão longe de esgotar o rol dos temas que a cada momento se renova, ao qual vem imbricar-se o deste trabalho.

No novo núcleo familiar que se forma, com filhos de um ou de ambos os seus integrantes provenientes de uma união anterior, é indubitável que se recorra à adoção unilateral não só para consolidar os laços familiares entre um cônjuge ou concubino e o filho do outro como também legalizar uma real situação de substituição do genitor faltante, sem pretender retirar

ao pai ou mãe biológica o pleno exercício do pátrio poder, a guarda e muito menos desconhecer os laços de sangue que os une. Ao contrário, persegue somar a este genitor e seu filho a responsabilidade por sua criação e educação, compartilhando-a, como o fazem as famílias completas de origem.

O tema, de transcendental importância, não foi convenientemente disciplinado, oferecendo, por isto, renovadas questões para a reflexão.

Uma destas questões está relacionada à diferença de idade entre adotante e adotando no momento da adoção. Exige a lei que aquele há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que este. Situe-se na primeira das formas possíveis admitidas acima. Uma mulher com trinta anos de idade tem um filho, não reconhecido por seu pai biológico, com dez anos e se une a um homem de vinte e três anos. Este cônjuge ou concubino, pretendendo adotar este menor na forma do § 1º, do art. 41, do Estatuto, terá indeferida a pretensão por não preencher o requisito da diferença mínima de idade exigido, embora se reconheça apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Esta realidade, bastante freqüente, não tem resposta adequada na lei. A omissão legislativa deve ser colmatada pelo juiz no caso concreto, por aquela que considere compatível com uma relação de paternidade ou maternidade e que permita exercer a parentalidade com maturidade afetiva e humana.

O princípio do melhor interesse do menor autoriza flexibilizar os rígidos requisitos da adoção. Este é o critério vigorante em muitas legislações (Suíça, Alemanha, Bélgica, Portugal). O Código Civil de Quebec, de 1995, suprime a condição da diferença de idade. O Código Civil francês estabelece a diferença de idade em dez anos, quando se tratar de adoção do filho do cônjuge e faculta ao juiz, quando a diferença de idade seja menor, a conceder a adoção por justos motivos.

Outra das questões decorre do caráter permanente da adoção, que enseja total mudança de estado de filiação do adotado, com repercussão em sua identidade familiar, que se inscreve nos direitos inerentes à personalidade e que são direitos humanos. Quando tiver ciência de sua adoção e pretender retomá-la (a antiga identidade familiar), isto não mais será possível. Nem mesmo quando o adotante, cônjuge ou concubino de seu pai ou mãe biológica, falecer.

Por exceção legal, fica garantida na adoção unilateral a manutenção dos vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. É uma exceção lógica ao art. 41 do Estatuto, cujo sentido é evitar conflitos entre os parentes de sangue que ficariam fora da nova família adotiva, com os novos parentes que vivem dentro de dita família. Não se dá assim, porém, em relação aos parentes (tios, avós, primos) do genitor destituído do pátrio poder ou falecido, dos quais se desliga integralmente. Este efeito não assegura ao adotado o exercício de um de seus direitos fundamentais, a convivência familiar, o que não é o fim querido pelo instituto.

Outro aspecto importante que se objetiva é considerar-se plena a adoção unilateral, quando não concorrem circunstâncias excepcionais para a colocação do menor em família substituta, estando ele a cargo de um de seus pais biológicos, tendo sua filiação provada, estando sob o pátrio poder do genitor com quem convive, perfeitamente integrado em uma família e nem de longe ameaçados ou violados seus direitos fundamentais. Isto é, quando na situação concreta não se configuram os pressupostos básicos nem os efeitos essenciais da adoção plena: o desrespeito aos direitos fundamentais do menor e a extinção da autoridade parental de origem e a substituição dos vínculos biológicos. Procede, neste caso, ensina a doutrina de Eduardo A. Zannoni, a adoção simples, que satisfaz plenamente o propósito integrativo do filho do cônjuge ou concubino, outorgando-lhe um status filii, sem alterar os vínculos consangüíneos pre-existentes.

De outra parte, constituindo a adoção unilateral forma singular de legitimar os filhos de uma união anterior de cada cônjuge ou concubino, que resultariam extramatrimoniais em relação à segunda união, os pressupostos básicos não são exigidos por lei, favorecendo o ingresso e a integração plena do menor em um novo lar, resguardada a autoridade parental de origem e mantido o vínculo biológico com o cônjuge ou concubino do adotante. Ao contrário, violentaria os fins ético-sociais da adoção, que não experimentaria nenhum sentido, discriminando o adotado em relação aos filhos próprios supervenientes do novo casal.

Igual perplexidade se põe na questão do nome do adotado, quando lhe restam irmãos maiores, não adotáveis pelo regime da lei estatutária, ou, mesmo adotáveis, maiores de doze anos, que se manifestam contrários à adoção, instalando desvantagens e discriminações no mesmo grupo familiar. A e B são filhos biológicos de C e D. Falecendo um dos genitores, o sobrevivente casa-se com E, que adota somente A, assumindo os apelidos do adotante ao qual

se vincula e também a seus respectivos parentes. A e B, irmãos germanos, são agora apenas uterinos, meio-irmãos.

## 5. Conclusões

Tantas peculiaridades, e certamente muitas outras que ainda poderão ser sugeridas, autorizam abordar-se a questão título: estaria plenamente justificada a inserção da adoção unilateral na categoria da adoção plena?

Decorre destas inquietações uma primeira observação final, a de que a lei não oferece, claramente, respostas jurídicas específicas para as distintas situações originadas nas segundas e seguintes núpcias, para as quais um ou outro, talvez ambos, dos cônjuges ou concubinos carrega seus filhos menores. Excepcionando significativamente o único modelo admitido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, exige uma regulação distinta, sem enclausurar-se nos conceitos daquele e que contemple suas características peculiares.

A adoção do filho do cônjuge ou concubino, como uma segunda observação, deveria, ao tempo em que cria vínculos entre o menor adotado e a família toda do adotante, preservar os traços próprios do vínculo de sangue com a família paterna e materna de origem sem subtrair-lhes nenhum, mantendo a perfeita identidade familiar e possibilitando a ampla convivência familiar, o que corresponde a seus direitos fundamentais.

Nesta ótica, e aqui vai uma observação central, a adoção unilateral parece plenamente possível somente quando o menor não tenha outra filiação determinada que a do cônjuge ou concubino do adotante, acomodando-se na adoção simples as hipóteses em que subsistam vínculos sanguíneos que devem ser salvaguardados, podendo ensejar um rol de direitos e obrigações que permanecem latentes até que sejam exercidos tanto pelo adotado como por sua família de origem.

Considerando, enfim, que o menor conviva com o pai ou mãe biológica, integrado em um contexto familiar, sua inserção em uma nova família a partir de outras núpcias do genitor coloca-nos diante de uma realidade distinta da que fundamenta a adoção plena como resposta jurídica justa.

Estas anotações servem a um só objetivo, como ponto de partida para renovadas e mais cuidadosas reflexões sobre o tema e que sejam acolhidas como tal: um ponto de partida.

## 6. Bibliografia

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elza. La adopción. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BECKER, Maria Josefina. Comentários ao art. 41 do ECA. In: CURY, Amaral e Silva; GARCIA MENDEZ (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil – Parte general. 10. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, t. I, II.

BORGHI, Hélio. A nova adoção no direito brasileiro. RT 661/242.

CHAVES, Antonio. Adoção, adoção simples e adoção plena. 3. ed., São Paulo: RT, 1983.

\_\_\_\_\_. Três temas polêmicos em matéria de adoção de crianças. In: COUTO, Sérgio (Coord.). Nova realidade do direito de família. Rio de Janeiro: COAD, 1999, t. 2.

CURY, Amaral e Silva; GARCIA MENDEZ. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de menores. 4. ed., Buenos Aires: Astrea, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: RT, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: RT, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a adoção. RT 662/31.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000, t. 9.

SOUZA, Myrian Vasconcelos. Adoção unilateral. Disponível na Internet. Adoção: Páginas Brasileiras <http://www.lexxa.com.br/PBA/index.htm>, em 27.09.00.

STILERMAN-SEPLIARSKY. Adopción-Integración familiar. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho civil, derecho de familia. 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, t. I, II.