



**GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**A APLICABILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO
FRENTE A OBRIGATORIEDADE DO CADASTRO DE ADOÇÃO**

**ALAN DA SILVA RAMOS
AMINNA NEVES COSTA GOMES**

Parnaíba – PI

2019

**ALAN DA SILVA RAMOS
AMINNA NEVES COSTA GOMES**

**A APLICABILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO
FRENTE A OBRIGATORIEDADE DO CADASTRO DE ADOÇÃO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à disciplina Monografia II,
como requisito para aprovação na
disciplina, sob a orientação do
professor Dr. Itamar da Silva Santos
Filho**

Parnaíba – PI

2019

**ALAN DA SILVA RAMOS
AMINNA NEVES COSTA GOMES**

**A APLICABILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO
FRENTE A OBRIGATORIEDADE DO CADASTRO DE ADOÇÃO**

BANCA EXAMINADORA

Itamar da Silva Santos Filho

George Cesar Pessoa Araujo

Roberto Cajubá da Costa Britto

Parnaíba – 2019

AGRADECIMENTOS

Agradecemos primeiramente um ao outro, pela amizade, apoio e por todo o comprometimento dedicado a este trabalho. Ao nosso orientador, professor Itamar da Silva Santos Filho. À professora e amiga Clara Jane Costa Adad, que foi quem primeiro nos acolheu e auxiliou nesta jornada. Ao professor Roberto Cajubá da Costa Britto, por todo o aprendizado proporcionado durante o curso e em especial ao tempo dedicado e suporte oferecido, essenciais para a concretização desta pesquisa. Aos nossos estágios na Defensoria Pública do Estado do Piauí, que nos deram a oportunidade de trabalhar diretamente com nosso objeto de estudo. À Universidade Estadual do Piauí e a todos os professores e servidores que direta ou indiretamente contribuíram para nossa formação acadêmica. Por fim, agradecemos às nossas famílias e amigos, sempre presentes e colaboradores para o nosso crescimento.

Há um mundo a ser descoberto dentro de cada criança e de cada jovem. Só não consegue descobri-lo quem está encarcerado dentro do seu próprio mundo.

Augusto Cury

RESUMO

A adoção *intuitu personae*, adoção dirigida, ou ainda, adoção direta, é aquela decorrente de um ato da vontade dos genitores que, por não possuírem condições financeiras ou estruturais para cuidar de seu filho, entregam-no para terceiro que irá requerer judicialmente a adoção, não observando a fila do Cadastro Nacional. Embora a adoção *intuitu personae* seja bastante comum na realidade brasileira, tal prática não possui previsão legal que a regule, sendo, portanto, alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O presente trabalho tem como objetivo analisar a real aplicabilidade deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, sob a égide dos princípios de proteção à criança e adolescente, demonstrando a necessidade de flexibilização da ordem cadastral quando esta se evidenciar medida que melhor atender aos interesses do menor. Esta pesquisa teve por finalidade conceber os conceitos atinentes ao tema, perfazer a evolução histórica do instituto, analisar julgados dos tribunais, assim como a literatura sobre a matéria, de forma a apresentar a adoção *intuitu personae* como alternativa que, em específicos casos, evita a institucionalização de crianças e corrobora para uma melhor observância do princípio da afetividade. Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica em livros, dissertações, artigos, legislação e jurisprudências. Por fim, buscou-se asseverar a importância do tema que, embora já bastante discutido no meio jurídico, ainda não se chegou a um consenso sobre a questão, tendo em conta que atualmente tramitam diversos projetos de lei objetivando regulamentar a adoção dirigida, dentre eles o PL 395/2017, que traz a proposta de criação de um estatuto da adoção.

PALAVRAS CHAVE: Adoção. Adoção *intuitu personae*. Cadastro de Adoção. Infância e Juventude. Afetividade. Institucionalização.

ABSTRACT

Intuitu personae Adoption, assisted adoption or direct adoption, is the result of the will of parents who, due to they do not have the financial nor structural conditions to take care of their child, hand it over to a third party who will require the adoption process, not considering the line of the National Registry. Although the adoption *intuitu personae* is quite common in the Brazilian reality, such practice has no legal provision that regulates it, and is therefore subject to doctrinal and jurisprudential differences. This paper aims to analyze the real applicability of this institute in the national legal system, under the aegis of the principles of protection to children and teenagers, demonstrating the need for flexibility of the cadastral order when it becomes evident that it best meets the interests of the underage. The purpose of this research was to conceive the concepts related to the theme, to make up the historical evolution of the institute, to analyze judgments of the courts, as well as the literature on the subject, in order to present the *intuitu personae* adoption as an alternative that, in specific cases, avoids institutionalization of children and corroborates a better observance of the principle of affectivity. Thus, the bibliographic research in books, dissertations, articles, legislation and jurisprudence was used as methodology. Finally, we highlight the importance of the subject, which, although already widely discussed in the legal environment, has not yet reached a consensus on the issue, considering that currently several bills are being processed to regulate targeted adoption, among them PL 395/2017, which proposes the creation of an adoption statute.

KEYWORDS: Adoption. *Intuitu personae* Adoption. Adoption Register. Childhood and Youth. Affectivity. Institutionalization.

LISTA DE ABREVIATURAS

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CNA – Cadastro Nacional de Adoção

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

MP – Ministério Público

PL – Projeto de Lei

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO	11
1.1 CONCEITO E NATUREZA DA ADOÇÃO	11
1.2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO	12
1.3 PRINCÍPIOS E NORMATIVAS DE PROTEÇÃO AO MENOR	15
1.3.1 Convenções Internacionais	15
1.3.2 Doutrina da Proteção Integral	16
1.3.3 Princípio da Prioridade Absoluta	17
1.3.4 Princípio do Melhor Interesse da Criança	18
1.3.5 Princípio da Afetividade	19
2 O CADASTRO DE ADOÇÃO	21
2.1 JUSTIFICATIVA DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO	21
2.2 O PROCESSO DE ADOÇÃO VIA CADASTRO	22
2.3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS	23
3 A ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>	29
3.1 O VÍNCULO AFETIVO E A RELATIVIZAÇÃO DA ORDEM CADASTRAL	29
3.2 DADOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO	31
3.3 DISCUSSÕES ACERCA DA ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>	33
3.4 PROPOSTA DE ESTATUTO DA ADOÇÃO	36
METODOLOGIA	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERENCIAL BIBLIOGRAFICO	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo primordial abordar a temática da adoção *intuitu personae* e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, perquirir a rígida limitação legislativa que a normatiza e demonstrar as dificuldades impostas no processo judicial para sua aplicação efetiva.

Na concepção de Maria Berenice Dias (2010), a adoção, enquanto ato jurídico em sentido estrito, trata-se de manifestação de vontade humana que produz efeitos jurídicos e, como tal, cria um vínculo de paternidade-maternidade-filiação entre seus sujeitos, reproduzindo os efeitos da filiação biológica, sem distinções de qualquer natureza. Destarte, pode-se compreender a adoção como esse vínculo afetivo, independente de qualquer relação biológica, criado pela vontade humana, em atendimento ao *Princípio do Melhor Interesse da Criança*. É, assim, instrumento de uso em caráter excepcional, de acordo com o disposto no art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao estabelecer que se deve recorrer à destituição do poder familiar original e rumar o infante à adoção somente quando esgotados os recursos de manutenção deste na família, natural ou extensa.

Visando melhorar e organizar o instituto, em 2008 foi criado o Cadastro Nacional de Adoção, como ferramenta de auxílio aos Juízes das Varas da Infância e da Juventude nos procedimentos de adoção, de forma a promover celeridade ao processo, usando-se de informações unificadas e atualizadas nacionalmente, visto que até então se constituíam várias filas locais desconexas e pouco efetivas. Assim, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, responsável pelo programa, propôs que cada comarca deve alimentar esse banco de dados com registros de menores aptos a serem adotados, bem como registros de pessoas interessadas em adotar, o que se firmou posteriormente com a instituição da Lei de Adoção, atualizando diversos dispositivos do ECA.

De modo ainda mais excepcional, o próprio ECA prevê a possibilidade de adoção sem a prévia habilitação dos adotantes e adotandos nos cadastros, que é admitida somente nas situações estabelecidas em rol taxativo do art. 50, §13 do Estatuto, quais sejam: pedido de adoção unilateral (adoção do filho do cônjuge ou companheiro pelo padrasto ou madrasta); por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade; ou pelo tutor ou guardião legal de

criança de mais de três anos de idade, comprovados os laços de afinidade e afetividade. No entanto, explorando a jurisprudência brasileira, é possível verificar a relutância nos processos, ao menos em 1º grau, quanto a aceitação da modalidade conhecida doutrinariamente por adoção dirigida ou adoção *intuitu personae*, isto é, aquela que ocorre por intervenção direta dos genitores biológicos na escolha do pretense adotante.

Por vezes podem ser julgadas desfavoravelmente a procedência de tais demandas com base na inobservância aos cadastros de adoção, com conseqüente encaminhamento do menor à acolhimento institucional – de sorte que o único escudo de que essas demandas disponibilizam a fim de fundamentar uma decisão favorável é a subjetiva observação dos laços de socioafetividade no caso concreto entre adotante e adotando. Ao abrir a bússola moral a todos inerente, seria inviável pensar em hipótese de decisão judicial não justificada que decretasse a dissolução de uma família com reconhecida posse do estado de filiação; é, contudo, com isso que corrobora o atual Direito.

Busca-se, pois, com a pesquisa ora apresentada, analisar as reais possibilidades de adoção nesta modalidade dentro do ordenamento jurídico pátrio, demonstrando os entraves enfrentados por aqueles que pleiteiam judicialmente uma adoção *intuitu personae*, com as devidas análises jurisprudenciais e investigações na doutrina e artigos científicos sobre o tema. Evidencia-se, por fim, que a obrigatoriedade do cadastro de adoção deverá ser relativizada quando a adoção dirigida constituir uma melhor ferramenta de zelo aos princípios de proteção à criança e ao adolescente.

1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

1.1 CONCEITO E NATUREZA DA ADOÇÃO

A temática da adoção *intuitu personae* e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio insta delimitar toda uma estrutura de conceitos atinentes à proposição, pelo que, partindo-se do ponto mais amplo, conceitua-se a adoção, segundo João Seabra Diniz (2010, p. 67):

Podemos definir a adoção como inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo em o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, considerados indignos para tal.

A adoção, portanto, está primeiramente inserida dentro do conceito de fato jurídico, que, por sua vez, se define como “todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa”, como asseverado por Miguel Reale (2001, p. 187). E, mesmo antes de estar inserido em tal ordem, sua existência, que preexiste, se põe para além de um fato jurídico, fazendo-se como fato social, de acordo com o que definiu Émile Durkheim (2007, p. 10):

Um fato social reconhece-se pelo seu poder de coação externa que exerce ou é suscetível de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder reconhece-se, por sua vez, pela existência de uma sanção determinada ou pela resistência que o fato opõe a qualquer iniciativa individual que tenda a violentá-lo.

Assim, o instituto da adoção não se limita pelas molduras legislativas, mas se concretiza *praeter legem* – pois antes mesmo de o regramento jurídico regulamentar a via legal para se proceder a um processo de adoção, tal prática já se concretizava por outros caminhos, e neles continuam a fluir hodiernamente pelas lacunas deixadas pela norma; e até mesmo em sentido *contra legem*, em direto descompasso com a ordem legal. Como no conceito prático de adoção *intuitu personae* do Juiz de Direito Rodrigo Farias de Sousa¹:

A adoção dirigida ou direcionada ou *intuitu personae* é aquela decorrente de ato no qual a(os) genitora(es), por não desejar(em) ou não possui(rem)

¹ Assevera-se ainda que tal modelo também não se confunde com o que a doutrina chama de adoção à brasileira, vez que esta é fruto de uma fraude no registro civil, que ocorre quando alguém registra um nascido abandonado ou doado como se dele fosse filho biológico; prática que, como leciona o Juiz de Direito Rodrigo Faria de Souza (2009), apesar de constituir crime pelo art. 242 do Código Penal, também pode ser legitimada em processo judicial

condições financeiras e/ou emocionais de cuidar do seu filho, opta(m) por doá-lo a um terceiro (inobservando o cadastro de adotantes previsto no art. 50 do ECA), que passa a exercer a guarda de fato da criança e, posteriormente, requer a sua adoção.

Não decorrente de um laço biológico, a filiação socioafetiva tem por base o afeto; por sua vez, a posse do estado de filiação não provém unicamente do fato do nascimento e conseqüente registro, mas também do ato jurídico da adoção que, antes mesmo de formalizada, se prova pela situação de fato. Como leciona Paulo Lôbo (2014), tal estado se faz em razão da aparência.

É assim que a filiação socioafetiva pela posse do estado de filiação fundamenta a regulamentação da adoção *intuitu personae* como a legislação, em uma primeira análise, condiciona hoje. Ocorre que, embora o Direito tenha sobrepulado a, assim adotada em outros tempos, imposição de uma natureza contratual ao instituto jurídico da adoção e instituído vários princípios de proteção à infância e à juventude, a discussão sobre a correta satisfação da norma é temática que suscita amplo debate.

1.2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

Para além do Império Luso-Brasileiro, o instituto da adoção no Brasil foi agraciado na legislação da República pela primeira vez há pouco mais de cem anos, com a publicação do Código Civil de 1916. E, como ver-se-á na tratativa a seguir, o que se iniciou como uma matéria ordinária, regulamentada pelos arts. 368 a 378, perdida entre tantos outros dispositivos do Direito Civil, hoje é reconhecida como instituição merecedora de um estatuto à parte.

Uma vez superado o costume de naturalização das normas, que tentava passar a Lei como produto da natureza, é imprescindível contextualizar o processo histórico de construção da legislação, haja vista ser esta, na verdade, fruto de amplos debates e discussões. E o que temos em primeira mão no Código Civil de 1916 é a visão do homem republicano do início do século XX, que podemos demonstrar nas suscintas palavras de juristas da época sobre o tema, em texto do próprio idealizador da Lei, Clóvis Beviláqua, ao tratar da defesa do projeto:

(...)a adopção tinha ainda hoje uma alta função social a desempenhar como instituição de beneficencia destinada a satisfazer e desenvolver sentimentos affectivos do mais doce matiz, dando filhos a quem não teve a ventura de geral-los, e desvelos paternais ou maternas a quem, privado delles pela natureza, estaria talvez, sem ella, condemnado a descer, pela escada da miséria, ao abysmo do vicio e dos crimes. (BLUNTSCHLI e ROMAN apud BEVILAQUA, 1906, p. 535)

Isto posto, a adoção surgiu, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017), “com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família”, e, juridicamente, como um mero contrato, lavrado em escritura pública, produzindo efeitos somente entre as partes e dissolúvel ante determinadas circunstâncias (por simples acordo entre as partes ou fundamentada em ingratidão do adotado em face do adotante), podendo ser ainda anulado se constatado que ao tempo da adoção já era concebido um filho do adotante. A redação original do Código elencava como requisitos indispensáveis para o adotante, que este tivesse a idade mínima de 50 anos e sem prole legítima ou legitimada, devendo ainda haver uma diferença de idade de pelo menos 18 anos entre aquele e o pretense adotando, ademais, somente poder-se-ia dar uma adoção conjunta se o polo adotante se compusesse de marido e mulher, em casamento civil.

A adoção se contratava, então, como puro produto do Direito Civil. Tal caráter contratualista apenas viria a perder o protagonismo com o advento da Lei nº 4.655/65, que passou a tratar da inovação jurídica *da legitimação adotiva*, propondo um instituto adotivo diferenciado e paralelo àquele previsto no Código Civil. Este, constituído por sentença judicial, como ato irrevogável, cujos laços se estendem para toda a família, trazia também a pioneira exposição de um rol de documentos que o pretense adotante deveria apresentar junto à petição, quais sejam: certidão de casamento, comprovante de residência, certidão de antecedentes, prova de idoneidade moral e financeira, atestado de inexistência de filhos, prova de abandono do menor e destituição do poder familiar, bem como atestado de sanidade física, vide art. 5 da supramencionada lei. Note-se, como detalharemos oportunamente, que nos atuais moldes da lei consta enunciado semelhante que confere requisitos para habitação do interessado no cadastro de adoção.

Nesse momento histórico a adoção e a legitimação adotiva eram dois institutos distintos e coexistentes no ordenamento; situação que persistiu por mais um tempo, somente mudando de nomenclatura. Transcorria o Regime Militar quando idealizado e concretizado já o segundo Código de Menores, em 1979, apartado da legislação civil outrora unificada, para reger todos os casos atípicos próprios da Infância e da Juventude, inclusive no espectro penal e incluindo, então, tópicos referente às desta vez chamadas adoção simples e adoção plena; aquela ainda regida pelo previsto no Código Civil e essa dando nova estrutura à legitimidade adotiva.

É somente com a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988, pelo art. 227, que se traz expressamente à matéria o merecido caráter de ordem pública e o reconhecimento de iguais direitos e qualificações à filiação – seja ela biológica ou socioafetiva, passando a adoção a ser regulada na nova ordem jurídica instaurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que já fora por duas vezes emendado, somente em matéria adotiva, pela Lei de 12.010 de 2009 – a chamada Lei Nacional de Adoção – e mais recentemente pela Lei 13.509 de 2017. Neste novo ordenamento substitui-se, mais uma vez, a denominação e aplicação dos institutos, assim, no que temos hoje, a adoção civil (antiga adoção simples), é aplicável somente ao adotando maior de idade, e a adoção estatutária (antiga adoção plena) fica sob a guarda do ECA, ambos os institutos dependentes de processo judicial.

Será o processo da adoção estatutária objeto de maior análise nos capítulos seguintes, em que pese os conflitos entre sua efetivação pelo sistema de cadastro de adotantes e pelo uso da adoção direta. Ademais, vejamos nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 380):

A referida Lei Nacional da Adoção estabelece prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, cria um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limita em dois anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigo. A transitoriedade da medida de abrigamento é ressaltada na nova redação dada ao art. 19 do ECA, que fixa o prazo de seis meses para a reavaliação de toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional. O cadastro nacional foi definido em resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Ocorre que, somente existem, taxativamente, três possibilidades previstas no art. 50, §13, do ECA que dispensam o uso do sistema de cadastros para se encaminhar ao processo de adoção: o pedido de adoção unilateral; o formulado por parente cuja criança mantenha vínculos de afinidade e afetividade; e o oriundo de quem detém a tutela ou guarda legal, comprovada a boa-fé e a fixação de laços.

Ademais, como descreveu o Promotor de Justiça Murillo José Digiácomo (2010), defensor da impossibilidade jurídica da aplicação da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro:

A sistemática instituída pela Lei nº 12.010/2009 para efetivação do direito à convivência familiar e outros direitos fundamentais assegurados a crianças e adolescente também prevê a obrigatória observância de inúmeros princípios, relacionados no art. 100, par. único estatutário, que analisados de maneira conjunta com as disposições específicas relativas à adoção, visam sepultar, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de arbítrio na escolha dos adotantes (...).

1.3 PRINCÍPIOS E NORMATIVAS DE PROTEÇÃO AO MENOR

1.3.1 Convenções Internacionais

Feitas as considerações acerca da evolução histórica pela qual passou o instituto da adoção, faz-se necessário destacar, não exaustivamente, os principais regramentos que orientam o processo adotivo, seja ele via cadastro ou de forma direta.

No cenário jurídico internacional, a adoção passou por diversas evoluções ao longo do tempo, através de pactos, acordos e convenções. Após a Primeira Guerra mundial muitas crianças e adolescentes ficaram órfãos, surgindo, portanto, a necessidade de criação de normas que versassem sobre a adoção internacional, que se tornou umas das medidas para regularizar a situação da população infanto-juvenil que sofreu com a Guerra e a Revolução Russa. No ano de 1919, a Liga das Nações instituiu o Comitê de Proteção da Infância, que foi considerado o primeiro órgão de âmbito nacional a priorizar e focar sua atuação nos direitos da criança e do adolescente.

Em 1967, em Estrasburgo, os países membros do Conselho da Europa elaboraram a Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças, que teve como objetivo a unificação e regulamentação de algumas normas básicas sobre adoção. Posteriormente em 1980, o Conselho acordou o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e o seu restabelecimento.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de caráter vinculante para os países membros, foi criada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrando em vigor no Brasil em 2 de setembro de 1990, aprovada no Congresso através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Passou a vigorar no Brasil em 1997 a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, pelo Decreto nº 2.429, de 17 de dezembro de 1997 e em 1999 a Convenção de Haia, através do Decreto Legislativo nº 1, promulgado pelo Presidente da República no decreto nº 3.087, de 21 de julho de 1999, de caráter vinculante aos países aderentes, a Convenção trouxe diversos dispositivos acerca da temática adoção em seu texto, a exemplo:

Art. 1. A presente convenção tem por objetivo:

a) Estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;

Art. 5. As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de acolhida:

a) tiverem verificado que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar;

b) tiverem-se assegurado de que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados;

c) tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

As tratativas internacionais serviram de base para a criação de diversos princípios de proteção à criança e ao adolescente em âmbito nacional que serão a seguir elencados.

1.3.2 Doutrina da Proteção Integral

Durante o longo período histórico regido pelos Códigos de Menores, crianças e adolescentes somente tinham amparo legal que suscitasse intervenção estatal quando se encontravam em situação irregular, quer fosse quando cometiam ato infracional, ou quando se encontravam em situação de vulnerabilidade.

A atuação do Juiz de Menores se restringia ao campo da carência e da delinquência, alcançando apenas aqueles que se encontravam privados de suas necessidades básicas, sofriam maus tratos ou apresentavam desvios de conduta, em razão de ação ou omissão dos pais ou responsáveis, enquanto as demais questões referentes a crianças e adolescentes eram de competência da Vara de Família e regidas pelos Código Civil. Comumente, esses menores eram levados para internatos ou instituições de detenção, onde não havia preocupação em manter laços com a família, pois via de regra, ela própria era o motivo da situação irregular.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrou-se a ideia de proteção integral, tratando pela primeira vez na legislação Brasileira, o menor como um sujeito de direitos, em sua integralidade:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A partir desse dispositivo principiológico, a lei passou a resguardar não somente o menor delinquente ou abandonado, mas estendeu a proteção a toda a

coletividade de crianças e adolescentes, independentemente de sua condição social, incluindo os menores como parte integrantes da sociedade, representando, dessa forma, um importante avanço social, mesmo que tardiamente, haja vista, à época, tal matéria já ser reconhecida e regulamentada em legislação internacional, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos da Criança, admitida pela ONU em 1959.

Na atual Doutrina de Proteção Integral, o menor passou a ser titular de direitos com absoluta prioridade. Imputou-se a responsabilidade de garantir tais direitos à família, ao estado e a sociedade, solidariamente, e estendeu-se a proteção a todos os menores, indistintamente, respeitando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tal doutrina foi posteriormente sistematizada pela criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.3.3 Princípio da Prioridade Absoluta

O vocábulo “prioridade” é definido pelo Dicionário Houaiss (2002) como: “condição do que é o primeiro em tempo, ordem, dignidade; possibilidade legal de passar à frente dos outros; preferência, primazia; condição do que está em primeiro lugar em importância, urgência, necessidade, premência”. Já o termo “absoluto”, definido pelo mesmo dicionário, significa aquilo que “não sofre nem comporta restrição ou reserva; inteiro, infinito; que não admite condições, único, superior a todos os demais”

Impossível conceituar o Princípio da Prioridade Absoluta de forma mais precisa que não pela soma dos dois vocábulos. Tal princípio encontra-se expresso taxativamente no já mencionado artigo 227 da Constituição Federal e reiterado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) Primazia de receber prestação e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A lei previu, não exaustivamente, um rol mínimo de orientações a serem seguidas objetivando tornar efetivo o texto constitucional. O preceito preconizado no texto legal estabelece que a efetivação dos direitos dos menores deve acontecer de maneira absolutamente prioritária, devendo preponderar os seus interesses em todos os campos, seja judicial, administrativo, familiar ou social. Havendo confronto entre os interesses infanto-juvenis com outros gêneros de interesses, aqueles deverão sempre ser tutelados em primeiro lugar, de acordo com Andréa Rodrigues Amin (2010), sobrelevando-se até acima da prioridade dos idosos, por ser esta norma infraconstitucional, trazida pela redação do artigo 3º da Lei nº 10.741/03, enquanto a prioridade em favor das crianças e adolescentes tem caráter constitucional.

Objetiva-se com este princípio uma real efetivação da proteção integral, levando-se em conta a fragilidade do menor como pessoa em desenvolvimento e que corre mais riscos que um adulto, por exemplo. A prioridade deve ser avalizada por todos: Poder Público, família – seja ela natural ou substituta –, comunidade e sociedade em geral. Socializa-se, dessa forma, a responsabilidade por garantir direitos e prevenir eventuais danos que possam recair sobre crianças e jovens.

1.3.4 Princípio do Melhor Interesse da Criança

Segundo Tânia da Silva Pereira (2011), o princípio do melhor interesse da criança teve sua origem histórica no instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa pela qual o Rei tutelava os interesses daqueles indivíduos que possuíam limitações em agir por contra própria, mais especificamente as crianças e os mentalmente incapazes. No século XVIII houve a separação da proteção da criança e do louco, oficializando dessa forma, o *best interest*, no ordenamento jurídico inglês, que foi posteriormente adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da criança.

Tal preceito deve ser apreciado como diretriz axiológica a ser seguida quando posto em conflito os interesses da criança ou adolescente, analisando as complexidades de cada caso concreto e adaptando a norma às especificidades de cada situação, de tal forma que o interesse infanto-juvenil deve estar sempre acima de qualquer circunstância fática ou jurídica. Conforme conceitua Paulo Lobo (2015, p. 69):

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Princípio do melhor interesse é, pois, o orientador para todos aqueles que se defrontam com conflitos, sejam legisladores ou aplicadores da lei, determinando a primazia das exigências naturais da criança e do adolescente, ainda que colidam com interesses de terceiros. Indispensável observar que a materialização deste princípio é um dever de todos.

1.3.5 Princípio da Afetividade

Mesmo que a palavra afeto não apareça expressamente na CRFB, é possível perceber que o seu conceito se encontra arraigado no âmbito de proteção constitucional e o princípio da afetividade configura-se como requisito essencial para uma legítima concretização dos interesses do menor. Todo ser humano desde a infância necessita do afeto, sentimento que o faz se relacionar com as pessoas. A falta dele pode ocasionar consequências irreversíveis em seu desenvolvimento, nesse sentido:

O afeto surgiu e passou a perdurar na vida dos seres humanos, tornou-se um sentimento necessário para que o indivíduo possa encontrar sua verdadeira felicidade, passando esta a ser a existência e a razão de viver do sujeito, porquanto toda a sua vida é baseada no amor, companheirismo, compreensão, ou seja, em sentimentos. (REHBEIN, 2010, p. 7)

A afetividade começou a ter valor jurídico, sendo elemento essencial para a constituição da entidade familiar contemporânea. Superando, dessa forma, a ideia de que a filiação deve decorrer unicamente de laços biológicos e abrindo espaço para a formação da família socioafetiva, fazendo prevalecer os laços criados pelo afeto. Conforme leciona Caio Mario da Silva Pereira (2004):

Com os avanços da entidade familiar ocorreu a substituição da “organização autocrática” por uma “orientação democrático-afetiva”, ou seja, originou-se uma sociedade como um grupo familiar baseado na igualdade de direitos e deveres e na afetividade, sendo que “o centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor” (PEREIRA, 2006, p. 26-28).

Diante de tais avanços e do papel que o afeto passou a desempenhar nas estruturas familiares, o ordenamento jurídico necessitou passar por alterações para

se adequar a essas novas situações onde por diversas vezes a família natural, aquela formada pelos laços de afetividade, se sobrepõe aquela cuja forma é juridicamente regulada, possibilitando a sua consolidação na sociedade e fortalecendo o Princípio da Afetividade, trazido pela Constituição, que nos artigos 226 e 227 traz a ideia de família funcionalizada, priorizando a promoção da dignidade humana e a realização pessoal de seus membros. A família transcende os laços biológicos, uma vez que o que a identifica é a convivência familiar baseada nas relações de solidariedade, respeito, ternura, proteção, e comprometimento mútuo entre os familiares. Em suma, sem o afeto não há família, sendo ele que aproxima as pessoas, dando origem às relações interpessoais que geram as relações jurídicas.

De acordo com Vargas (2000) *apud* Kusano (2006), os princípios de proteção à criança e ao adolescente, por vezes não são devidamente observados no processo de adoção pelo cadastro, pois há o risco de uma criança ser entregue ao primeiro pretendente da fila que declare aceitá-la com todas suas características, porém não está preparada para uma adoção específica, devido ao longo tempo de espera, ou pela dificuldade de enfrentar um processo que coloque sob prova questões não resolvidas com a infertilidade.

Busca-se demonstrar no decorrer deste trabalho que a adoção *intuitu personae* não constitui afronta aos supramencionados princípios, ao contrário, constantemente esta modalidade representa alternativa que assegura melhor atendimento aos direitos e interesses da criança e do adolescente.

2 O CADASTRO DE ADOÇÃO

2.1 JUSTIFICATIVA DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

A opção do legislador por um sistema de cadastros de pretensos adotantes, que precede de uma rigorosa análise do perfil pessoal do interessado, foi crucial para o combate a diversas mazelas que assolavam o Direito da Criança e do Adolescente. A própria temática do tráfico internacional de menores foi fator crucial para o desenvolvimento deste instrumento.

Dessa forma, surgiu em 2008 o Cadastro Nacional de Adoção, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça como ferramenta de auxílio aos juízes na condução dos procedimentos de adoção, composto por dados de crianças habilitadas à adoção e de candidatos aptos a adotá-las. Como narrado no capítulo anterior, em 2009 o ECA passou por uma vasta reforma, em que passou também a descrever o CNA.

De acordo com texto de justificação anexo à propositura do PL nº 1645/2003, posteriormente apensado ao PL nº 6222/2005 e, por sua vez, convertido na lei nº 12.010 de 2009:

As pesquisas que precederam à elaboração da proposição foram realizadas em estabelecimentos assistenciais, oficiais ou não, e resultaram em perplexidade ante o número de pessoas que pretendem adotar e não encontram uma estrutura formal, organizada para esse fim, em que possam cadastrar-se para apresentar a postulação.

O cadastro visa uniformizar os bancos de dados sobre adotantes e adotandos; diminuir os procedimentos de habilitação, pois o pretendente estará apto a adotar em qualquer comarca ou estado da Federação, necessitando fazer apenas uma única inscrição feita na Comarca de sua residência; possibilitar o controle adequado pelas respectivas órgãos de controle jurisdicional e orientar o planejamento e formulação de políticas públicas voltadas para a população de crianças e adolescentes que esperam pela possibilidade de convivência familiar; ampliar as possibilidades de consulta aos pretendentes brasileiros cadastrados e garantir que apenas adoção nacional aconteça apenas quando esgotadas as possibilidades de ocorrer a nacional, conforme manual emitido pelo CNJ, disponível no site do Conselho.

2.2 O PROCESSO DE ADOÇÃO VIA CADASTRO

Seguindo o mesmo manual, disponível no Portal do CNJ², o interessado em adotar deve procurar a Vara de Infância e Juventude da comarca onde reside a fim de tomar conhecimento de quais documentos serão necessários para prosseguir a um pedido de adoção (RG, CPF, certidão de casamento ou nascimento, comprovante de residência, comprovante de rendimentos, atestado de sanidade física e mental, certidões de distribuição cível e criminal). Segundo o próprio ECA, a idade mínima para se habilitar à adoção é 18 anos, independentemente do estado civil, observada a diferença de 16 anos entre adotante e adotando. Munido da documentação exigida, será necessário processo judicial, em que o interessado, representado por advogado ou defensor público deve requerer em petição a referente habilitação e, somente depois de aprovado, o nome do mesmo virá a constar dos cadastros local e nacional de pretendentes à adoção.

No decurso do processo, o requerente será submetido a curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção, ofertado pelo Núcleo Interdisciplinar de Adoção da Vara de Infância local. Após comprovada a participação no curso, o candidato é submetido à avaliação psicossocial com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica interprofissional, cujo resultado é juntado aos autos do processo, aguardando parecer do Ministério Público.

A partir do laudo da equipe técnica da Vara e do parecer emitido pelo MP favoráveis à causa, poderá ser proferida pelo magistrado a sentença procedente autorizando inserção do requerente nos cadastros, válida por dois anos em território nacional. Após, uma vez na fila de adoção, aguarda-se até que apareça criança de perfil compatível com o fixado pelo pretendente durante a entrevista técnica, observada a cronologia da habilitação.

A Vara de Infância deverá avisar o requerente da existência de criança com o perfil compatível ao por ele indicado, quando lhe será apresentado histórico de vida da mesma e, havendo manifestação de interesse, ambos são apresentados. A criança também será entrevistada após o encontro e deverá dizer se possui interesse em

² Lançado em 2008, o Cadastro Nacional de Adoção é coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça e, segundo manual disponibilizado pelo próprio CNJ, o CNA é apresentado como uma ferramenta digital de auxílio dos juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos dos processos de adoção.

continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência, monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o acolhimento institucional onde o menor estiver amparado, oportunizando-se assim a aproximação de ambos.

Caso o relacionamento ocorra bem, a criança é liberada e o pretendente deve seguir com ajuizamento de ação de adoção. Ao protocolar o processo, o pretendente receberá a guarda provisória, que terá validade até a conclusão do feito. No decorrer da ação judicial a equipe técnica continua fazendo visitas periódicas e apresentará uma avaliação conclusiva, encerrando-se este último processo com o juiz proferindo a sentença de adoção e determinando a lavratura do novo registro de nascimento do infante, já com o sobrenome da nova família. Desde já a criança passa a ter os direitos de filho, sem quaisquer distinções desta com a filiação biológica.

Não obsta, contudo, olvidar que a trajetória ora narrada é somente o caminho percorrido pelo pretense adotante. Há ainda, antes mesmo disso tudo, um longo processo pelo qual passou o infante apto à adoção, aguardando um procedimento próprio de habilitação para a fila de espera do acolhimento institucional, em situação bem menos favorável; não se pode deixar de narrar que este menor advém de um universo ainda mais complexo, do abandono à busca por família extensa e, finalmente, destituição do poder familiar originário.

2.3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

Um famoso pensamento atribuído ao criador da psicanálise, Sigmund Freud, diz que poderíamos ser muito melhores se não tentássemos ser tão bons – esta premissa, por algumas vezes, alcança até mesmo as instituições, como veremos. Analisando a seguinte demanda levada ao STJ, muito semelhante a vários dos casos de adoção dirigida que chegam ao judiciário, é possível observar uma tendência do Ministério Público a opinar pela institucionalização de crianças. Saliencia-se que o julgador tem em conta o parecer manifestado pelo *Parquet*, posto o ordenamento e a realidade para decidir a lide entre o Cadastro de adoção e a adoção *intuitu personae* a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE 15 DE JUNHO DE 2012 Tribunal Julgador: TJSC Agravo de Instrumento n. 2011.079162-4, de Jaraguá do Sul Relatora: Desa. Subst. Denise Volpato AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE

PRETENDE O ABRIGAMENTO DA ADOTANDA AO ARGUMENTO DE QUE OS AGRAVADOS QUANDO RECEBERAM A CRIANÇA, NÃO ESTAVAM CADASTRADOS NA LISTA DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. INFANTE QUE SE ENCONTRA COM OS AGRAVADOS DESDE O NASCIMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE OS AGRAVADOS E A CRIANÇA. CONVÍVIO COMPROVADO POR MAIS DE 12 (DOZE) MESES. CONSTRUÇÃO INCONTESTE DE LAÇOS AFETIVOS. RECONHECIMENTO DA CONFORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. ENALTECIMENTO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA RELAÇÃO FAMILIAR (ARTIGO 226). IMPOSSIBILIDADE DE O ESTADO-JUIZ INTERVIR NO ÂMBITO FAMILIAR SEM QUE HAJA JUSTIFICATIVA DE ORDEM PROTETIVA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE ACOMPANHAMENTO CONTÍNUO DA ASSISTENTE SOCIAL DA COMARCA DE JARAGUÁ DO SUL/SC DA SATISFAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA AO PERMANECER NA FAMÍLIA. EVIDENTE ABUSO NO PEDIDO DE ABRIGAMENTO DA CRIANÇA ANTE A INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO. PREVALÊNCIA DO LAÇO AFETIVO EM RELAÇÃO À LEGALIDADE ESTRITA. CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO QUE NÃO PODE SE SOBREPOR AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. NECESSIDADE, ASSIM, DE MANUTENÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA (NESTA DATA COM APROXIMADAMENTE UM ANO E SEIS MESES DE IDADE) COM OS AGRAVADOS. RECURSO DESPROVIDO (STJ – Resp 1172067 MG 2009/0052962-4, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18/03/2010, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 14/04/2010).

Na análise do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, pode-se perceber que o órgão ministerial denota usar de um zelo não valorado ao Cadastro Nacional de Adoção, e utiliza como fundamentação uma defesa desarrazoada que acaba por ir em desfavor do menor. Em seu voto, o Ministro Relator Massami Uyeda aduz: “a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo”. Refere-se o Ministro ao uso do imperativo da razão, ao argumentar que a satisfação do melhor interesse da criança não decorre unicamente da letra da lei, isto é, uma pretensa ordem de observação absoluta ao CNA.

Ato seguinte, foi proferido acórdão sobre recurso especial interposto pelos adotantes na mesma demanda:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança

e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido.

(STJ – Resp 1172067 MG 2009/0052962-4, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18/03/2010, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 14/04/2010).

De mesmo modo observa-se que a tese da socioafetividade levantada pelo órgão julgador, usada como base da decisão que manteve o infante sob a guarda dos pais adotivos, demonstra que não deve ocorrer o desfazimento de um núcleo familiar injustificadamente, ainda que tal adoção não tivesse seguido o molde previsto em lei. Faz-se, com isso, o uso da interpretação precipuamente teleológica-axiológica da norma³, que tem por escopo a preservação dos, outrora justificados, princípios de proteção à infância à juventude, de modo que, ainda como asseverado no voto do Relator, “o cadastro de pretendentes à adoção não tem o fim em si mesmo, ele é tão-somente um dos meios de preservar a incolumidade física e psíquica da criança ou adolescente em situação de abandono”. O CNA é, então, somente um meio pelo qual o legislador optou por ser a melhor ferramenta ao processo de adoção, mas não o único.

³ A hermenêutica aponta aqui a observância à *ratio legis*, isto é, a razão da lei dentro da moldura interpretativa da norma. Neste caso, as disposições da CF e do ECA, assim como as de toda norma, têm sempre um objetivo para, como explicado por Ferraz Junior (1994), controlar as conseqüências da previsão legal; havendo por escopo da disposição legal aqui o respeito aos princípios de proteção à infância e à juventude.

Pois bem, como frisado por Bordallo (2010), a imposição de acolhimento institucional como medida protetiva ao menor é ato que deve atender aos princípios da excepcionalidade e da provisoriedade, a ser empregado tão somente quando demonstrada situação de perigo ou vulnerabilidade daquele, observado ainda que o acolhimento se põe em sentido diretamente oposto ao direito à convivência familiar e ao princípio da prevalência com a família – razões pelas quais carece de firme justificação. Se, como na jurisprudência sob análise, o magistrado e o MP estão munidos de estudo psicossocial com relatório situacional positivo e parecer favorável realizados no núcleo familiar, restando comprovado a vivência sob boas condições e sob a guarda de adotantes aptos, não há que se falar em resultado diferente do deferimento da adoção, que somente formalizará e trará legalidade a um estado de filiação já reconhecido e concretizado.

Se, por um lado, o Superior Tribunal de Justiça já tem pacífico entendimento desta causa, muitas Cortes ainda proferem decisões conflitantes, como no relatório do Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, que apresenta a adoção *intuitu personae* apenas como medida excepcionalíssima, em julgamento que a indeferiu em recurso de apelação, condicionando-a aos requisitos do CNA e tirando sua validade pelo curto período de tempo pelo qual o infante se encontrava sob a guarda fática dos adotantes:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO GUARDA E ADOÇÃO. PLEITO DE DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO. DESCABIMENTO. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. SITUAÇÃO FÁTICA EM QUESTÃO QUE NÃO AUTORIZA A MEDIDA EXCEPCIONAL. DECISÃO MANTIDA. CASO DOS AUTOS EM QUE OS APELANTES NÃO CONSEGUIRAM DEMONSTRAR A SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE QUE PUDESSE AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA, ESPECIALMENTE DO EXÍGUO LAPSO DE TEMPO DE CONVIVÊNCIA COM A INFANTE, SUA AFILHADA. NORMAS ESTABELECIDAS NO ECA PARA A COLOCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM FAMÍLIAS SUBSTITUTAS, QUE DEVEM SER OBSERVADAS, INDISTINTAMENTE, ESPECIALMENTE QUANDO OS CANDIDATOS À ADOÇÃO SEQUER SE ENCONTRAM HABILITADOS PARA TANTO E SEQUER HOUVE A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DA GENITORA, PREVALECENDO O MELHOR INTERESSE DA PROTEGIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, nº 70079855359, Oitava Câmara Cível, Tribunal De Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado Em: 21-03-2019)

Ainda que os adotantes deixem de buscar o judiciário para regulamentar sua situação por incerteza do resultado do processo, estes permanecem na situação de irregularidade e sujeitos à intervenção do Conselho Tutelar, cujo relatório é suficiente para munir denúncia do MP. Como no seguinte caso, por decisão interlocutória do juízo de primeiro grau – ratificada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina,

determinou-se a busca e apreensão de criança para encaminhamento ao acolhimento institucional a requerimento do *Parquet*, como medida de proteção ao menor, a despeito de suspeita de que a genitora biológica havia deixado o filho sob os cuidados de terceiro, que pretendia adoção *intuitu personae*, o que caracterizaria abandono de incapaz:

APLICAÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO. ART. 101, VII DO ECA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE BEBÊ. FORTES SUSPEITAS DA PRÁTICA ILEGAL DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ACERTADA. ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DO MENOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
(TJ - SC - AI: 40036805220188240000 Laguna 4003680-52.2018.8.24.0000. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Rita, Data de Julgamento: 12/06/2018, Terceira Câmara de Direito Civil)

No caso em tela, o Ministério Público opinou pelo acolhimento da criança, sob a fundamentação de que a adoção *intuitu personae* constitui prática ilegal, contudo, não há que se falar em ilicitude, haja vista não existir dispositivo na legislação brasileira que tipifique tal modalidade. A retirada de uma criança da convivência familiar baseada unicamente no atendimento à lista cadastral representa verdadeiro desrespeito ao princípio da prioridade absoluta do menor. Não à toa José Neidemar Fachinetti (2009) refere-se à luta pela valoração dos direitos e princípios até aqui expostos como uma cruzada pela desinstitucionalização de crianças e adolescentes, tamanho é o apego nocivo por essa medida pela qual o judiciário tem tomado, em contrário ao que prevê o já citado art. 227 da CF e o próprio ECA, senão vejamos:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Estatuto da Criança e do Adolescente)

É por esta razão que o aplicador da norma peca enquanto tenta defendê-la, pois agarrando-se tão fortemente à letra da lei, dá as costas ao mundo e se esquece da razão de ser. Observa-se um equívoco do judiciário quanto ao objeto de defesa da lei, de forma a zelar pelo CNA, quando deveria tutelar a infância e a juventude, *vide* Recomendação nº 08/2012 do CNJ⁴ que, ao dispor sobre a colocação de criança e adolescente em família substituta por meio de guarda, recomenda aos juízes que a

⁴ A recomendação assinada pelo corregedor nacional de Justiça, ministro Francisco Falcão, sugere a juízes da Infância e Juventude que somente concedam a guarda provisória de crianças com menos de 03 (três) anos de idade a pretendentes previamente habilitados no CNA, considerando a busca do judiciário para convalidar adoção *intuitu personae* como um problema do país.

conceda somente a pessoas previamente habilitadas no cadastro, tendo como uma de suas fundamentações, justamente, evitar a busca da adoção *intuitu personae*.

Não se sabe, contudo, por que subsiste tal recomendação se o próprio CNJ publicou o Provimento nº 63/2017, que possibilitou o reconhecimento, diretamente em cartório, sem necessidade de autorização judicial, do vínculo na filiação socioafetiva. Tantos posicionamentos contraditórios no decorrer de processos entre as Cortes de Justiça, Juízos de primeiro grau, juntos aos também inconstantes pareceres de membros do Ministério Público geram profunda insegurança jurídica. Ora, a adoção *intuitu personae* não é uma afronta à moralidade ou ao ordenamento jurídico, tampouco às pessoas da fila do cadastro, mas um necessário instrumento de proteção à infância e à juventude do qual não se pode pretensiosamente lançar à ilegalidade.

3 A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

3.1 O VÍNCULO AFETIVO E A RELATIVIZAÇÃO DA ORDEM CADASTRAL

A adoção *intuitu personae*, ponto central desta exploração, como mencionado já de início, não se confunde com o crime de adoção à brasileira que se configura quando alguém registra falsamente criança alheia como sendo seu filho biológico. A adoção *intuitu personae*, ou adoção dirigida, acontece quando os genitores exercem o direito de interferir diretamente no processo adotivo, escolhendo quem serão os adotantes de seu filho biológico, ou mesmo quando terceiro alheio aos genitores biológicos do infante possui interesse na adoção de determinada criança, a exemplo de alguém que encontra criança abandonada e anseia por adotá-la. Rememorando Galdino Bordallo (2010, p. 326), que define a adoção dirigida como modalidade em que “há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, ocorrendo esta escolha em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário”.

O ponto fundamental nesta modalidade de adoção que a diferencia das demais é a possibilidade de escolha por parte dos genitores. Dela decorrem fortes traços de afetividade – aspecto de extrema importância para a análise de qualquer caso que envolva esta espécie de adoção. O afeto possui valor jurídico, sendo matéria já apreciada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e na análise da Repercussão Geral 622, decidindo, por maioria de votos, pela “Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica”. Extrai-se, portanto, uma ideia de “*desbiologização*” da relação parental, demonstrando que seu real significado transcende a lei e o sangue. Nesse sentido, relata a psicóloga Lidia Dobrianskyj Weber (2011. p. 37):

Talvez seja mais parcimonioso acreditar que a ‘adoção afetiva é a verdadeira relação parental’ (Schettini, 1994), pois qualquer filho, assim como qualquer pai e mãe, precisa ser afetivamente adotado. É importante questionar a razão da existência de uma postura de tolerância tão grande para com os pais biológicos e tão pequena para com os pais adotivos (ou futuros pais adotivos). Pais adotivos devem ser ‘melhores’ do que pais biológicos? Não estamos negando a importância de uma avaliação, da orientação técnica e mesmo de uma seleção, mas concordamos com o que relata Hoffman (1990, p.10) sobre a unicidade e a singularidade de cada família: ‘o terapeuta pós-moderno atua junto à família sem qualquer definição de patologia, sem qualquer idéia de quais estruturas disfuncionais irá procurar e sem qualquer idéia estabelecida sobre o que deve ou não mudar’. Antes de pensar da seleção de pessoas,

dever-se-ia pensar na proteção à criança em situação de abandono, ela deve crescer em uma família e não em uma instituição.

Evidencia-se que o laço consanguíneo não é suficiente para constituir a relação paterno-filial, pois inúmeros são os casos em que existe o vínculo biológico, porém não coabitam o amor, o respeito e o comprometimento, sentimentos estes que criam elos mais sólidos e profundos que aqueles detectáveis por meio de testes laboratoriais.

Para o psicanalista John Bowlby (1990), que formulou a Teoria do Apego, a criança começa a nutrir sentimentos de afeto pela pessoa primariamente responsável por seus cuidados desde muito cedo. Bowlby estabelece as fases do apego: A primeira delas, denominada de fase de orientação e sinais com discriminação limitada de figuras acontece a partir do nascimento e perdura até as oito semanas de vida, nesta fase o bebê orienta-se segundos estímulos externos; na segunda, chamada de fase de formação do apego o bebê começa a tornar-se apegado a uma ou mais pessoas próximas a ele; na terceira fase, que perdura dos seis meses de vida até o início do terceiro ano de idade, acontece a manutenção da proximidade com uma figura discriminada, normalmente a materna, segundo o psicanalista, nesta fase a criança já possui fortes vínculos de afeto com quem a cuida.

Na grande maioria dos casos de adoção *intuitu personae* que chega ao judiciário já estão consolidados laços de afeto entre adotante e adotando. Muitas vezes, os adotantes sequer desejavam adotar anteriormente, mas ao conhecerem uma criança determinada, desenvolvem uma relação de amor, cuidado e amparo e anseiam por regularizar a situação. Tais sentimentos não podem ser desatados unicamente para privilegiar o Cadastro de Adoção, que indubitavelmente constitui ferramenta para garantir a legalidade e integridade do processo adotivo, porém, deve-se afastar o seu caráter absoluto, a fim de preservar o princípio do melhor interesse do menor.

A Privação Afetiva causada pelo abandono e por essas negligências podem trazer danos irreversíveis a vida de uma criança, podendo destacar a importância fundamental do núcleo familiar e principalmente a participação materna nesse processo. A primeira infância (de zero a sete anos) pode ser considerada a fase mais frágil e primordial que determinará o sujeito e sua personalidade ao longo de toda sua vida. No biológico, foi destacado o atraso no seu desenvolvimento físico, como também vários problemas de saúde. Por fim, podemos citar consequências no campo emocional em que a criança tende a ter uma autoestima baixa, seu semblante é triste e frágil. (RAYANE; SOUSA, 2018, p. 106).

Proibir a adoção *intuitu personae* é uma afronta ao princípio da afetividade. A criança que passa por uma privação afetiva poderá sofrer danos psicológicos irreparáveis, como o trauma por ser afastada da convivência com aqueles que lhe dispensaram amor e cuidados. É necessário, pois, que o julgador analise com sensibilidade, considerando a subjetividade de cada caso, com o auxílio de uma equipe multidisciplinar, para que não aconteçam arbitrariedades justificadas unicamente pela predileção ao atendimento da fila do CNA.

3.2 DADOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

O acolhimento institucional, anteriormente denominado de abrigo em entidade, é medida excepcional prevista no ECA para crianças e adolescente que tiveram seus direitos ameaçados ou violados de forma a haver a necessidade, mesmo que temporária, de afastamento da convivência familiar. É caracterizado como local de transição até que a criança possa ser encaminhada para família substituta ou volte à sua família de origem. Conforme a lei:

Art. 101 Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

VII - acolhimento institucional;

(...)

§1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Estima-se que no Brasil existam cerca de 47.995 crianças institucionalizadas e que 4.992 estão inscritas no cadastro de adoção – de acordo com relatório estatístico emitido pelo CNJ. Isto é, apenas 10,4% dos jovens e crianças que se encontram em acolhimento estão aptas a serem adotadas.

O ECA preconiza que a permanência em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de dezoito meses, entretanto, por diversos motivos como condições de extrema pobreza da família, falta de recursos para um acompanhamento mais detalhado dos casos e a morosidade nos processos judiciais, o abrigo pode perdurar por anos. Por mais que as entidades acolhedoras busquem suprir as necessidades básicas dos menores, a experiência é sempre traumática, pois há invariavelmente uma ruptura nos laços afetivos, de modo que a criança ou

adolescente se vê privado da convivência familiar e se depara com os cuidados impessoais oferecidos no abrigo. Nesse sentido:

A instituição, ainda que cumpra com todas as necessidades básicas da criança ou adolescente, não proporciona condições de um atendimento individualizado, com estabelecimento de laços afetivos estáveis. Este tipo de relação se desenvolve com mais facilidade em um ambiente familiar. (Dell’Aglia, 2000, p. 91)

Diversos estudos apontam os efeitos nocivos que a institucionalização pode acarretar no desenvolvimento de crianças e jovens. Bowlby (1990), aponta o atraso na fala como uma das consequências do abrigamento de bebês nos primeiros meses de vida:

Um estudo muito cuidadoso do choro e do balbucio dos bebês mostrou que os que se achavam num orfanato, desde o nascimento até os seis meses de idade, vocalizavam sempre menos do que os que viviam com famílias, podendo-se notar claramente a diferença já antes dos dois meses de idade. Este atraso na “fala” é especialmente característico da criança em instituição, em qualquer idade (BOLWBY, 1990, p.13).

Buffa, Pauli-Teixeira e Rossetti-Ferreira (2010) produziram um estudo de caso com o objetivo de investigar, através da narrativa de crianças institucionalizadas, a dificuldade na aprendizagem escolar. A pesquisa demonstrou que nos acolhimentos essa questão é deixada em segundo plano, não possuindo a devida relevância e que a vivência escolar dos menores acolhidos é definida como conflituosa.

A psicóloga Liliane de Almeida Guimarães Solon realizou uma pesquisa sobre a perspectiva da criança sobre seu processo de adoção, em que efetuou entrevistas com crianças que passaram pela situação de abrigamento antes de serem adotadas. Uma das narrativas é feita por um menino que na pesquisa foi chamado Billy, que foi colocado em instituição de acolhimento por duas vezes. Durante a conversa, a psicóloga faz perguntas e o garoto responde com relatos sobre como sua vivência no abrigo:

L: Então, me fala uma coisinha, o que você entende... O que é isso pra você? Quando uma criança é adotada, o que que é isso?
B: Quando uma criança é adotada?
L: É. Por que que acontece isso?
B: Porque... porque... quando fica no X (nome do abrigo), às vezes fica ruim de ficar lá. Fica ruim aí depois fica, ficando dando trabalho. As pessoas ficam mijando lá, fazendo cocô na cama, aí, eu dormia... Ai que vem o cheiro bem ruim lá, fui lá entrei pro banheiro e já tomei banho, rapidinho [...]
(SOLON, 2009, p. 63 a 64)

Nota-se pelo relato da criança que a instituição possui um significado negativo para ele e em sua perspectiva a adoção constituiu uma maneira de esquivar-se das consternações enfrentadas naquele ambiente. Billy prossegue descrevendo o abrigo:

L: E como era lá no X? O que você fazia lá?

B: Ruim! (tom alto)

L: Ruim... Por que era ruim?

B: Tinha brinquedo quebrado, tinha gente que batia...

L: Quem que te batia?

B: Tinha aula ruim, professora ruim, nem deixava eu ir no banheiro...

(SOLON, 2009, p. 64)

Durante toda a entrevista o menor reitera a qualificação do acolhimento institucional como um local com características predominantemente negativas, fazendo de críticas sobre a falta de cuidados com a higiene e o comportamento por vezes desagradável dos colegas e dos funcionários da instituição.

Pelo exposto, vê-se que um ambiente saudável é determinante no desenvolvimento de um indivíduo. A passagem por uma instituição de acolhimento, mesmo que a entidade proporcione todos os requisitos necessários para oferecer condições dignadas aos abrigados, sempre representa uma experiência traumática na vida do indivíduo. A adoção *intuitu personae* apresenta-se como uma possibilidade de evitar a etapa de institucionalização no processo adotivo, vez que há a possibilidade de a genitora escolher diretamente com quem ficará seu filho.

3.3 DISCUSSÕES ACERCA DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A adoção *intuitu personae* apresenta-se como questão conflituosa entre doutrinadores e operadores do direito que ainda sustentam a tese da existência da necessidade de prévia habilitação no cadastro e a total observância de sua ordem. Diversos são os argumentos que problematizam a possibilidade de deferimento da adoção dirigida. Neste sentido, o Promotor de Justiça do estado do Rio Grande do Sul Júlio Alfredo afirma que a entrega da criança pelos genitores poderá incentivar o tráfico e intermediação de crianças:

A entrega direta incentiva o tráfico e intermediação de crianças, incrementando um dos mais reprováveis atos de ganho de dinheiro, o que é combatido pelo Estatuto em seus arts. 238 e 239 e sofre severa restrição no regramento internacional. Outro fator a ser sopesado, é que, a grande possibilidade que os pais biológicos, sabedores onde e com quem está a criança, seja pelo breve contato que tiveram com os adotantes quando da entrega, seja pelo intermediário, passem a achar a família substituta, realizando pedidos de contato com o filho ou mesmo objetivando “auxílio”

financeiro, gerando intranqüilidade e instabilidade naquela família, e de forma inexorável, refletindo negativamente na criança.

Bordallo se contrapõe a este pensamento, alegando que a má-fé não pode ser presumida em todos os casos que os genitores optam por entregar o filho para a adoção:

Por certo que a troca de uma criança por dinheiro ou algum outro benefício é fato que causa grande repulsa e também somos contrários a ela, mas é certo que nem sempre isto irá ocorrer. Não se deve ter a ideia de má-fé envolvendo todos os atos que são praticados envolvendo a entrega de uma criança, sendo este um preconceito dos profissionais do direito. Existindo alguma suspeita que tal situação possa ter ocorrido, deverá ser investigada no transcorrer do processo de adoção, sendo tomadas as medidas legais cabíveis, caso seja ele comprovado. (2010, p. 326)

Reiteradamente, a entrega de filho constitui um ato de afeto daquele genitor que, sabendo não possuir condições de propiciar as necessidades básicas para aquela criança, entrega-o para alguém que poderá proporcionar-lhe uma melhor qualidade de vida. É preciso parar de julgar os pais que escolhem entregar seus filhos a outras famílias como se criminosos fossem, pois, verdadeiramente, são indivíduos agindo com amor e carinho para com este filho, buscando o que entendem melhor para ele (MACIEL, 2013).

Ademais, o acima citado promotor alega ainda que o contato direto dos pais adotivos com os pais biológicos poderá acarretar incômodos à família adotante. Ocorre que este contato deve ser observado como um ponto positivo da adoção direta, pois possibilita que o menor tenha convívio com seus genitores.

Outro argumento que se levanta contra a adoção *intuitu personae* é de que os pais biológicos não são pessoas aptas a escolherem quem serão os melhores candidatos a adotar seus filhos, devendo esta escolha ser realizada exclusivamente pelo estado, como denuncia a advogada Silvana do Monte Moreira (2011):

Acreditamos que o maior risco esteja, inclusive, na entrega dos filhos a pessoas não preparadas para a adoção. Essa realidade, onde pessoas não habilitadas recebem crianças diretamente da família biológica, é bastante comum, principalmente em pequenas cidades e, ao final, o Juízo, após anos de convivência e do vínculo afetivo solidificado, obriga-se a ratificar uma situação já consolidada de fato, principalmente em face dos laços da filiação socioafetiva. Na realidade, Juízo, Ministério Público e equipes técnicas do judiciário são verdadeiramente atropelados por situações de fato já consolidadas.

No entendimento da advogada, o deferimento da adoção *intuitu personae*, justificada pela prevalência da socioafetividade, representa um “atropelamento” aos procedimentos do judiciário. Fundamentação descabida, haja vista que, o interesse

menor jamais poderá perecer em detrimento ao atendimento da engrenagem estatal. Neste sentido, Bordallo contrapõe o argumento da advogada quanto a escolha feita pelos genitores, dispondo que cabe ao judiciário averiguar a aptidão dos pretensos adotantes:

Este fato será avaliado no transcorrer da instrução processual, através dos pareceres da equipe interprofissional. Concluindo o parecer pela inabilidade dos adotantes para exercer o papel de pai e mãe, deverá ser retirada a criança da guarda destes e ser buscada outra pessoa para cumprir este papel. (BORDALLO, 2010. p. 252)

Ademais, o processo de adoção *intuitu personae* não ficará a par da tutela jurisdicional. Na fase de instrução processual serão averiguados os perfis dos pretensos adotantes por uma equipe multidisciplinar e serão levados em conta os mesmos critérios de habilitação de pretendente no CNA.

Pode-se ainda, fazer uma analogia ao instituto da tutela testamentária, que permite que os pais escolham a quem caberá os cuidados dos filhos após a morte. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011):

(...) nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.

A adoção *intuitu personae* respeita a manifestação da vontade da mãe biológica. É parcimonioso alegar que a entrega de um filho configura abandono de incapaz, haja vista que esta disposição acontece, na esmagadora maioria dos casos, porque a genitora não possui condições estruturais ou financeiras e vê na família adotiva melhores perspectivas para a criança que gerou.

Muitas vezes os adotantes já inseriram a criança no âmbito familiar, contudo, receiam buscar o judiciário previamente, e até a posteriori, para regularizar a situação, ante o risco de acabarem por ter seus filhos retirados de sua convivência, sob o argumento de não estarem habilitadas para o cadastro. A adoção *intuitu personae* já faz parte da realidade nacional e não deixará de existir pelo não deferimento judicial. Por muito tempo, foi um elemento cultural no Brasil registrar em cartório uma criança alheia como filho biológico, de forma a burlar os mecanismos de regulamentação do Estado. Para que isto não mais aconteça, torna-se necessária uma legislação que

abarque a adoção *intuitu personae*, normatizando suas disposições e adequando-as aos princípios de proteção à infância e a juventude para que, dessa forma, os pretendentes não tenham que buscar a via judicial, permitindo um controle prévio pelos órgãos de proteção.

3.4 PROPOSTA DE ESTATUTO DA ADOÇÃO

É visível a todo aquele que se depara com o atual sistema de adoção brasileiro que este apresenta razoável defasagem em legislação e execução, mesmo com as recentes emendas ao ECA, que cuidam de prazos e procedimentos, sem, contudo, alterar a substância da matéria com as mudanças necessárias. Embora se encontrem travancados no Congresso Nacional alguns Projetos de Lei que, isoladamente, propõem mudanças significativas, o único PL cuja matéria tem por escopo regulamentar todo o instituto da adoção em tramitação no Congresso é o PL 394/2017 – Estatuto da Adoção, atualmente em tramitação no Senado Federal, na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM⁵ e apresentado no XI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões, em outubro de 2017.

Além de Maria Berenice Dias e Silvana do Monte Moreira, presidente da Comissão Nacional de Adoção do IBDFAM, o texto do Estatuto da Adoção contou com a colaboração de Antônio Carlos Parente, Carlos Berlim, Cinara Vianna Dutra Braga, Fernando Moreira Freitas da Silva, Iberê de Castro Dias, João Aguirre, Melissa Veiga, Patrícia Cerqueira de Oliveira, Paulo Lépoze, Paulo Lôbo, Sávio Bittencourt e Rodrigo da Cunha Pereira. Segundo o próprio Instituto, tamanha comissão levou seis meses de trabalho no desenvolvimento do anteprojeto de lei, como primeira parte do projeto “Crianças Invisíveis” do IBDFAM e reforma completamente o instituto da adoção no ordenamento pátrio.

Destarte, exonerando o instituto da adoção *intuitu personae* das limitações legislativas ainda não exaustivamente narradas até aqui, o Estatuto traz nova providência a respeito. Não com a mera liberalidade da adoção direta, mas

⁵ O portal do IBDFAM (1997) o descreve como uma entidade técnico-científica, sem fins lucrativos, que, contando com a colaboração de renomados juristas, se apresenta como desenvolvedora e divulgadora de conhecimento sobre o Direito das Famílias e força atuante representativa nas demandas sociais que recorrem à Justiça.

convencionando-se novos procedimentos que suprirão a via *praeter legem* pela qual hoje corre, normatizando sua efetivação regular e permitindo ao judiciário o controle prévio dos casos, que não mais precisarão correr em irregularidade escusando-se da fiscalização estatal, assim dispõe o PL:

Art. 49. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Adolescência.

Art. 52. Quando a mãe indicar o nome e o endereço do genitor, será ele intimado para, em 5 (cinco) dias, reconhecer a paternidade ou concordar com a entrega do filho à adoção.

§ 1º Reconhecida a paternidade e manifestando o genitor o desejo de assumir a guarda do filho, equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou das casas de acolhimento familiar ou institucional, em até quinze dias, apresentará relatório indicando se o genitor tem condições de exercer a autoridade parental ou a guarda.

§ 2º Entregue o filho ao genitor, haverá acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e do Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 3º Indicando a mãe a pessoa a quem deseja entregar o filho em adoção, equipe interdisciplinar Justiça da Criança e Adolescente ou dos programas de acolhimento familiar ou institucional, em até 15 (quinze) dias, apresentará relatório comprovando a presença ou não das condições necessárias à adoção.

§4º Concedida a guarda, mediante termo de responsabilidade, haverá acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

§ 5º Não havendo a indicação do genitor ou de pessoa a quem deseje a genitora que o filho seja entregue à adoção, a autoridade jurisdicional decreta a perda da autoridade parental, nos termos do art. 1.638, inciso V, do Código Civil, determinando a colocação

da criança ou do adolescente sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotar aquele perfil.

§ 6º Decorrido o período de convivência estabelecido pela autoridade judiciária, apresentado laudo favorável pela equipe interdisciplinar, os adotantes deverão propor a ação de adoção, no prazo de 15 (quinze) dias.

Além desta modificação, o projeto dispõe sobre outras mudanças, tais como o apadrinhamento afetivo e a possibilidade de adoção pelos padrinhos; a limitação da busca pelos pais biológicos dos menores e família extensa; maior contato dos candidatos habilitados no cadastro com as crianças que estão em abrigo; e a flexibilização da possibilidade de irmãos serem adotados por famílias distintas desde que os adotantes se comprometam a manter a convivência e o vínculo fraterno entre eles.

De acordo com o projeto, a demora nos processos destituição do poder familiar, o tempo gasto realizando a busca da família extensa e as tentativas de reinserção na família de origem são fatores que colaboram para um maior período de

institucionalização de crianças e adolescentes e, conseqüentemente, dificultam a colocação destes menores em famílias pretendentes à adoção.

Com as disposições ora expostas, vê-se o constante cuidado em cada disposição no sentido de evitar o acolhimento institucional, dando ênfase ainda maior ao preceito já trazido pelo ECA, o qual o nomeia como medida excepcionalíssima. Assim, que fica sob sujeição do apontamento ao ativismo judicial finalmente dá-se a funcionalidade célere de que a adoção via cadastro tanto carece e legaliza-se de maneira direta e objetiva o instituto da adoção *intuitu personae*, não mais se fazendo necessário que o núcleo familiar advindo dessa modalidade de adoção percorra um longo caminho sob as sombras, aguardando vários anos em irregularidade até que se possibilite o requerimento judicial da adoção para legalização da situação fática sem o temor de que o judiciário a desfaça.

METODOLOGIA

O presente estudo tem como objetivo analisar as reais possibilidades de adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico pátrio frente à obrigatoriedade do cadastro de adoção e examinar este instituto como medida e ferramenta de zelo ao Princípio do Melhor Interesse da Criança ante a morosidade do impessoal sistema de cadastros. Para Marconi e Lakatos (2007), este tipo de pesquisa tem como finalidade colocar o pesquisador em contato direto com o que foi escrito ou dito sobre determinado assunto.

Constitui-se em uma pesquisa de delineamento bibliográfico para o levantamento de obras na literatura, procura explicar, conhecer e analisar conteúdos científicos (MARTINS, 2001). Esta metodologia possibilita a identificação de tendências e lacunas no campo do conhecimento investigado a partir da literatura existente.

Sendo uma monografia de caráter teórico de revisão bibliográfica. Na elaboração deste trabalho foi realizado uma revisão da literatura nacional sobre o tema proposto: a adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro. A revisão literária é descrita por Gil (2004), como sendo uma ação sobre material já produzido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensar positivista aplicado à esfera do processo de adoção corrobora com a marginalização da adoção *intuitu personae*, encorajando o judiciário à aplicação exclusiva do sistema de cadastros. É obsoleto um regramento de efetivação do princípio do melhor interesse do menor ter por base única e somente o CNA e a classificação técnica em um banco de dados para eventuais adotantes por cronologia e desejos demandados, como se destes fossem a primazia do direito, eis que o protagonismo é sempre do infante, e a ele pouco importa tudo isso.

A conjuntura de argumentos da pesquisa aqui exposta leva à conclusão de que o Cadastro Nacional de Adoção não é um fim em si, mas uma ferramenta da norma em prol do sujeito de direitos, isto é, a criança e o adolescente. Se há alternativa requerida no caso concreto que melhor atende a esse fim, não há motivo razoável para se criar uma amarra imaginária ao CNA, pelo que a interpretação teleológica-axiológica da lei é imperativa.

O não seguimento desta linha somente tem levado o fenômeno da institucionalização de crianças – exceção teórica que se converte em regra na prática –, ganhar robustez. O acolhimento institucional é situação excepcionalíssima exatamente pelos prejuízos dele advindos, e prorrogar sua situação pode causar malefícios irreversíveis à criança privada da família.

A adoção *intuitu personae* se mostra como um inexorável fruto da realidade, não somente inafastável, mas estritamente necessária à composição da norma. Não há qualquer ilegalidade em sua existência, contudo, enquanto construção jurisprudencial dispersa, fundada em *praeter legem*, fica sujeita a ser apontada como ativismo judicial sobrepujante à lei, por isso, vê-se que esta pode não vir a ser capaz de gerar a devida segurança jurídica aos envolvidos, mesmo com tudo já corroborado em seu favor.

A filiação socioafetiva e a tese do afeto devem ser postas sob uma ótica multidisciplinar para que sejam devidamente valoradas. O julgador deve observar com especial sensibilidade, observando os o interesse da criança e sua subjetividade em primazia, ante ao formalismo imposto pela lei, haja vista que a negação do afeto pode acarretar severas consequências no desenvolvimento do menor.

Ademais, feitas as devidas considerações aos argumentos levantados contra a adoção *intuitu personae*, restou demonstrado que, ao admiti-la, não se descarta a

necessidade do controle jurisdicional, que deverá no curso do processo averiguar a boa-fé e lisura dos pretensos adotantes por meio das avaliações do Núcleo Interdisciplinar de Adoção.

Pelo exposto, se o aplicador da norma jurídica já não consegue abstrair da atual conjuntura legislativa a sua devida finalidade de maneira satisfatória, o crescente descompasso dessa com o norte dado pela interpretação dos princípios de proteção à infância e à juventude acaba por tornar o Direito tortuoso. É de reconhecer-se que chegou o tempo de renovação da lei.

REFERENCIAL BIBLIOGRAFICO

ALMEIDA, Júlio Alfredo. **Adoção Intuitio Personae – Uma Proposta de Agir**. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. p. 12. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/adocaointuitio.doc>>. Acesso em: 21/07/2019.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

BEVILAQUA, Clovis. **Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BUFFA, C. G., PAULI-TEIXEIRA, S. C. de, & ROSSETTI-FERREIRA, M. C. **Vivências de Exclusão em Crianças Abrigadas**. Psicologia: Teoria e Prática, 2010.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **“Adoção”**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

BOWLBY, J. **Apego e Perda**. Vol. 1 Apego: A Natureza vínculo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASIL. **Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999**. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 3.133 de 08 de maio de 1957**.

BRASIL. **Lei nº 4.655 de 02 de junho de 1965**. Lei de Adoção.

BRASIL. **Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979**. Código de Menores.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.

BRASIL. **Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Lei de Adoção.

BRASIL. **Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1172067 MG 2009/0052962-4**. Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 18/03/2010, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 14/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, nº 70079855359**. Oitava Câmara Cível, Tribunal De Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado Em: 21-03-2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento: 40036805220188240000** Laguna 4003680-52.2018.8.24.0000. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Rita, Data de Julgamento: 12/06/2018, Terceira Câmara de Direito Civil.

BRASILIA. Senado. **Projeto de Lei 394/2017**. Dispõe Sobre o Estatuto da Adoção de Criança e Adolescente. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131275>>. Acesso em 20/12/2018.

CNJ. **Passo a Passo da Adoção**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao>>. Acesso em: 19/05/2019.

CNJ. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

CNJ. **Recomendação nº 08, de 07 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a colocação de criança e adolescente em família substituta por meio de guarda.

DELL'AGLIO. Débora Dalbosco. O processo de coping, institucionalização e eventos de vida em crianças e adolescentes. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a Espera do Amor**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_493\)1__adocao_e_a_espera_do_amor.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_493)1__adocao_e_a_espera_do_amor.pdf)>. Acesso em 19/07/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. Revista dos Tribunais: 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Da impossibilidade jurídica da "adoção intuitu personae" no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988**. Disponível em:< <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html> >. Acesso em 19/07/2019.

DINIZ, João SEABRA. **A adoção: Notas para uma visão global**. In: Abandono e Adoção: Contribuições para uma Cultura da Adoção. I. p. 67.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3ª ed. São Paulo. Martins Fontes:2007.

FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: Contextualizando com as Políticas Públicas (In) Existentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GIL Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2004

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 5. 14ª ed. São Paulo. Saraiva: 2017.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão 1.0. 5ª ed., 2002.

IBDFAM. **História**. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/historia/>>. Acesso em: 19/05/2019.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. Dissertação (Dissertação em direito) – Pontífica Universidade Católica. Rio de Janeiro, p. 126. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito de Família e os Princípios Constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MARCONI M. A.; LAKATOS E. M. **Técnicas de pesquisa**: planejamento e execução de pesquisas, amostragem e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. São Paulo: Atlas, 2007

MARTINS G. A.; PINTO, R. L. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Silvana do Montes. **A Adoção Intuitu Personae e a Necessária Habilitação Prévia**. Disponível em:
<http://www.arrudaeadvogados.adv.br/artigos.php>: 13 de julho de 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 5. ed. 14. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Adoção Consentida Pode Virar Lei**. Disponível em:
<www.ibdfam.org.br/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4622>. Acesso em:13/06/2019.

RAYANE, Daniele Barbosa; SOUSA, Daniela Heitzmann Amaral Valentim. **Privação Afetiva e suas Consequências na Primeira Infância: Um Estudo de Caso.** Interscientia, Volume 6, nº 2, 2018.

REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. **O Princípio da Afetividade no Estado Democrático de Direito**, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 2001.

SOLON, Lilian de Almeida Guimarães, **A perspectiva da criança sobre seu processo de adoção.** Dissertação de Mestrado – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP, 2006.

SOUZA, Rodrigo Faria de. **Adoção Dirigida – Vantagens e Desvantagens.** Disponível em: <<http://www.iejusa.com.br/cienciasjuridicas/adocaodirigida.php>>. Acesso em 19/05/2019.

WEBER, Lidia Naralia Dobrianskyj, **Aspectos Psicológicos da Adoção**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.