

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

GISELLE DE ALMEIDA ASSOLARI MENDONÇA

**ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À LUZ DA SUPREMACIA DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**CURITIBA
2016**

GISELLE DE ALMEIDA ASSOLARI MENDONÇA

**ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À LUZ DA SUPREMACIA DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Inacio de Carvalho Neto

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

GISELLE DE ALMEIDA ASSOLARI MENDONÇA

ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À LUZ DA SUPREMACIA DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

Aos meus pais, Zenil e Andrea,
pela base, amor e exemplo,
por sempre me incentivar e em
mim confiar;
Aos meus amigos, pelo apoio e
conselhos.
A vocês, dedico esta pesquisa e
meu amor eterno...

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO NO BRASIL	8
2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	8
2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA.....	10
2.3 SÍNTESE DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO E SEUS EFEITOS.....	15
2.4 DIREITO ESTRANGEIRO COMPARADO.....	20
3 ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>	25
3.1 CONCEITO.....	25
3.2 SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	27
3.3 GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	29
3.4 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE.....	31
3.5 O INSTITUTO DA ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i> NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	34
4 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	45

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apresentar os aspectos gerais da adoção, como a evolução do instituto na sociedade brasileira e estrangeira. Pretende, ainda, discorrer sobre o procedimento de adoção no Brasil previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Adoção, que possui previsão expressa acerca da observância à ordem de cadastro de adotantes, e também discorrer especificamente acerca da adoção *intuitu personae* à luz dos princípios da afetividade e da supremacia do melhor interesse da criança e do adolescente. Para tanto, foi realizada pesquisa documental indireta e bibliográfica, partindo-se de materiais já publicados, como artigos e livros. O estudo também apresentará a posição dominante sobre o tema na jurisprudência pátria através da análise de decisões dos Tribunais, que servirão para reforçar os argumentos apresentados acerca da controvérsia.

Palavras-chave: adoção; adoção *intuitu personae*; melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da afetividade.

1 INTRODUÇÃO

A princípio, a adoção era um contrato no qual o adotando não deixava de ter vínculos com a sua família natural e não tinha os mesmos direitos que os filhos de sangue do adotante.

Com o passar do tempo, este instituto foi evoluindo simultaneamente com os usos e costumes da sociedade, culminando na expansão dos direitos do adotando, na modificação do vínculo jurídico entre adotante e adotado e trazendo a necessidade de exigir uma maior rigidez no processo de adoção.

Um dos requisitos austeros para se poder adotar uma criança ou adolescente é o cadastro do interessado nas listas nacionais ou locais. Porém, por muitas vezes, esta lista de preferência prevista na lei não é obedecida por diversos fatores, como a pré-existência de vínculo afetivo entre a criança sujeita à adoção e um pretense adotante que não esteja cadastrado, mas que já possui contato ou até mesmo a guarda de fato do infante.

Este fenômeno que a doutrina e a jurisprudência denominaram de adoção *intuitu personae* trata-se da escolha prévia dos adotantes pelos genitores do menor. A mãe, que por nove meses nutriu a criança em seu ventre, às vezes por falta de condições de dar uma vida melhor para seu filho, decide colocá-lo em uma família substituta. Sendo certo que uma mãe quer o melhor para seu filho, é de se presumir que sua escolha, no que tange os novos responsáveis pela criança, possivelmente será a mais acertada.

Outrossim, a alocação da criança em uma entidade de abrigo, como orfanatos, à espera de família em posição de vantagem na lista de espera e que tenha interesse específico em lhe adotar, quando poderia estar com pretensos adotantes que lhe querem bem e foram aprovados pela mãe biológica, pode trazer malefícios para o adotando.

Esta espécie de adoção ocorre com frequência entre os brasileiros. Portanto, faz-se imperioso o seu estudo, com a sua conceituação e suas implicações na ordem de prioridade do cadastro de interessados em adotar, uma vez que a obediência a este critério estritamente legalista pode, no mais das vezes, não ser o mais adequado para se alcançar o melhor interesse e o efetivo benefício da criança.

2 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO NO BRASIL

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Antes de passarmos para o estudo específico do objeto deste trabalho, qual seja, adoção *intuitu personae*, é pertinente tecermos algumas linhas sobre os aspectos gerais da adoção no Brasil para conhecermos um pouco do seu procedimento e histórico e para, assim, melhor compreendermos como este instituto evoluiu até se transformar no que é hoje.

Primeiramente, há que se definir o que é a adoção e tratar da sua caracterização sob o prisma jurídico.

O termo “adoção” deriva da palavra latina *adoptio* e significa aceitação, admissão¹. O dicionário Luft² conceitua o verbo “adotar” como sendo o ato de “receber como filho”. No mesmo diapasão, a “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”³.

Dessa concepção se depreende que da adoção nasce um vínculo jurídico antes não existente com quem se pretende adotar, qual seja, o perfilhamento. E, também, para se adotar alguém não é necessário que exista uma relação de parentesco prévia entre o adotante e o adotado, bastando o desejo de reconhecer alguém como seu filho, seja um desconhecido ou seja um parente seu, como comumente acontece.

Neste sentido, a “adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado”⁴. A ânsia de se constituir uma família através da adoção, seja por não ter condições biológicas de se ter um filho, seja pelo propósito de ajudar uma criança que precisa de um lar, consagra o que a doutrina clássica chamou de “paternidade socioafetiva”.

¹ _____. *Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=adoção>>. Acesso em 19 abr. 2016.

² LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. São Paulo: Ática, 2000, p. 41.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 381.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 498.

Ressalte-se que a adoção é exceção no direito pátrio, primando a legislação pela manutenção da criança em sua família biológica quando possível⁵.

Quanto à natureza jurídica da adoção, pairou divergência doutrinária “sobre a adoção ora como contrato, ora como ato solene, ora como uma filiação criada pela lei, ora como ato unilateral, ora como instituto de ordem pública”⁶.

O Código Civil de 1916 tratava o instituto como sendo um negócio jurídico bilateral e solene, ou seja, a adoção possuía caráter contratual e se formalizava por escritura pública. Este entendimento só foi modificado com o advento da Constituição de 1988, que tratou da adoção como sendo um ato complexo, de ordem pública e interesse geral que exige sentença judicial para sua realização⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também passou a abordar a adoção sob esta perspectiva:

Com a vigência da Lei 8.069/90, a adoção passa a ser considerada de maneira diferente. É erigida à categoria de *instituição*, tendo como natureza jurídica a constituição de um vínculo irrevogável de paternidade e filiação, através de *sentença judicial* (art. 47).⁸

Dessarte, observa-se que a adoção passou a ser tratada como um instituto de ordem pública, “cuja autoridade e importância do interesse juridicamente tutelado prevalecem sobre a vontade e manifestação dos interessados”⁹. Conforme Prado¹⁰, “no instituto da adoção, a natureza da sentença é constitutiva”.

Em outras palavras, é a sentença judicial que solidifica a nova relação de parentesco entre adotantes e adotado, sendo de maior relevância sempre o interesse deste último em detrimento dos interesses dos primeiros.

Além de alterar a natureza jurídica da adoção, a Carta Magna, o ECA e também a Lei nº 12.010/2009 (Lei de Adoção) passaram a trazer em seus textos uma maior proteção e nivelamento dos direitos dos filhos. Para apreender a

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 382-383.

⁸ LIBERATI, op. cit., p. 18, grifo nosso.

⁹ LIBERATI, op. cit., p. 19-20.

¹⁰ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 48.

magnitude dessas inovações constitucionais e legais ao instituto, passaremos agora a discorrer sobre os antecedentes históricos da adoção na legislação brasileira.

2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

Modernamente, a adoção tem uma grande relevância jurídico-social em nosso país. No entanto, sua aplicabilidade é uma das mais antigas do mundo. Até mesmo nas sociedades mais remotas da história da humanidade havia o costume de aceitar como seu o filho biológico de outrem. E assim como a sociedade foi evoluindo, no mesmo passo também evoluiu o Direito.

A adoção surgiu da “necessidade de dar continuidade à família, no caso de pessoas sem filhos”¹¹. Na fase pré-romana, as leis de Manu cimentaram um caráter religioso ao instituto, devendo o adotado ser da mesma classe que o adotante e perpetuar os cultos domésticos deste¹². O Código de Hamurabi discorreu sobre a adoção em onze artigos¹³. Sobre este referencial jurídico discorre Pinto¹⁴:

[...] ao adotado era permitido regressar ao lar de seus pais legítimos apenas se estes o houvessem criado, sendo que na hipótese de ter o adotante despendido dinheiro e zelo com o adotado tal situação era vedada. Caso o adotante tivesse filhos naturais supervenientes à adoção, esta poderia ser revogada, fazendo jus o adotado à indenização.

Como se observa do trecho citado acima, a adoção no período babilônico tinha caráter contratual, uma vez que podia ser revogada pelo adotante e o adotado podia ser ressarcido por essa “quebra de contrato”. A revogação pelo adotado se dava quando ele voltava ao convívio dos pais biológicos, mas isso não podia ocorrer se o adotante nele investiu.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

¹² PINTO, Flavia Ferreira. Adoção por homossexuais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2669>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p. 1.

¹³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 105.

¹⁴ PINTO, op. cit., loc. cit.

Na Grécia antiga, a adoção também tinha influências religiosas e era formalíssima, somente podendo adotar e ser adotado os cidadãos, devendo haver a participação de uma assembleia popular¹⁵.

A adoção, no entanto, só foi encontrar disciplina e ordenamento sistemático no direito romano. Ligada ao poder do *pater familiae*, a adoção era permitida em três modalidades. A *adrogatio* relacionava-se ao *sui iuris*, isto é, “os que não estavam subordinados a nenhum pater familias ou eram eles próprios pater acarretando (*sic*), nesse caso, a passagem de toda a família do adotado para o pátrio poder do adotante”¹⁶. A *adoptio* era “utilizada nos casos de *alieni iuri*, onde o pátrio poder era transferido de uma pessoa, geralmente o pai, para o adotante”¹⁷. A adoção testamentária “submetia-se à confirmação da cúria, constituindo-se ato complexo e solene, raro”¹⁸. Ressalte-se que somente os homens tinham capacidade para adotar¹⁹.

Mesmo tendo caído em desuso na Idade Média, por conta do sacramento do matrimônio (com o objetivo maior da procriação) pela Igreja Católica, a adoção se difundiu para quase todas as legislações modernas após o Código Napoleônico de 1804²⁰.

No Brasil, conforme Palheiro²¹, a evolução histórico-legislativa foi no sentido de liberalizar a adoção e de diminuição das exigências legais. O instituto teve influência do direito português, posto que haviam diversas referências nas Ordenações do Reino, em especial nas Ordenações Filipinas²². No entanto, trata-se

¹⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 105.

¹⁶ MORENO, Alessandra Zorzetto. Adoção: práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX). *História*, Franca, v. 28, n. 2, p. 449-466, 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 abr. 2016, p. 451.

¹⁷ Id., *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸ SILVA JÚNIOR, op. cit., loc. cit.

¹⁹ SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 106.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 384.

²¹ PALHEIRO, Renata Di Masi. *Adoção intuitu personae*. 2011. 67 p. Monografia - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2011/RenataDiMagiPalheiro_Monografia.pdf>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 18.

²² GONÇALVES, op. cit., loc. cit.

de direito pré-codificado, já que a Constituição do Império (1824) não sistematizou o tema²³.

Foi apenas em 22 de setembro de 1828 que surgiu a primeira lei no Brasil concernente à adoção, que “transferia da Mesa do Desembargo do Paço para os juízes de primeira instância, a competência para a expedição da ‘carta de perfilhamento’”²⁴.

Anteriormente a 1988, as Constituições Federais tratavam do assunto da seguinte maneira:

A Constituição da República de 1891 dispôs sobre unicamente sobre [sic] o casamento – casamento cível, único reconhecido. A Constituição de 1934 pôs a família, sempre constituída pelo casamento civil indissolúvel, sob proteção especial do Estado e dispôs sobre o reconhecimento de filhos naturais [...]. A Constituição de 1937 repetiu tais disposições, instituindo benefício para as famílias prolficas [...]; previu a facilitação do reconhecimento de filhos naturais e equiparação dos direitos aos dos filhos legítimos. A Constituição de 1946 manteve a indissolubilidade do casamento, mas estendeu o reconhecimento ao filho adúlterino, depois de cessada a sociedade conjugal. A Constituição de 1967, seguida da Emenda Constitucional 1, de 1969, suprimiu o reconhecimento de filhos ilegítimos [...].²⁵

Antes da promulgação da Constituição Cidadã, o Código Civil de 1916 veio regularizar o instituto. Instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o Diploma legal cível cuidou da adoção em sua Parte Especial, Livro I – Direito de Família, Capítulo V, do artigo 368 ao 378.

O Código de 1916 deu ênfase à questão hereditária, tendo a adoção, denominada de “adoção simples”, natureza contratual, como visto no tópico anterior. O filho adotivo ocupava uma posição nitidamente inferior em relação ao filho legítimo. Tendo por alicerce os princípios do direito romano, que trazia para a adoção a função de dar continuidade à família, o Código dificultava a adoção para aquelas pessoas que tinham capacidade de procriar, ou seja, ter filhos biológicos.

²³ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 26.

²⁴ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 15.

²⁵ ENEI, op. cit., p. 26-27.

Assim, somente podiam adotar as pessoas maiores de 50 anos que não possuíam filhos legítimos, por ser mais difícil os conceber após esta idade²⁶.

A idade dos capazes de adotar diminui para 30 anos com o advento do Estatuto da Adoção (Lei nº 3.133, de 18 de maio de 1957). A referida lei passou a exigir que o adotante tenha contraído matrimônio há pelo menos 5 anos e que devia haver uma diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotado. Dispôs, ainda, “sobre consentimento, direito ao nome, proibição de sucessão hereditária e dissolução do vínculo de adoção”²⁷.

A Lei nº 4.655/1965 trouxe a legitimação adotiva, uma modalidade de adoção que dependia de decisão judicial, não era passível de revogação e “fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural”²⁸. A legitimação adotiva só veio a ser substituída pela Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores), que passou a ocupar-se da chamada adoção plena. Com a adoção plena, “o vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotando, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes”²⁹.

Essas leis posteriores ao Código de 1916 foram benéficas ao adotando, dado que o referido diploma legal não integrava o filho adotado plenamente à nova família, permanecendo vinculado aos parentes consanguíneos. É o que dispunha o art. 378, *in verbis*: “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo”.

A Constituição de 1988 inovou com a proibição de qualquer forma de discriminação entre filhos adotivos e biológicos (princípio da isonomia). Abrangeu em seu texto os princípios da dignidade humana, do direito à convivência familiar, da proteção integral à criança e ao adolescente, entre outros. Houve uma verdadeira constitucionalização do direito civil.

Tendo por base a Carta Magna de 1988, o ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990) apresentou uma nova regulamentação para o instituto da adoção. Trata-se

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 384.

²⁷ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 27-28.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 496.

²⁹ Id., *Ibid.*, loc. cit.

de um microsistema que assegurou aos adotados menores de idade os direitos sucessórios (adoção plena), buscando a proteção integral da criança. A modalidade de adoção dos maiores de idade permaneceu sendo a adoção simples regulada pelo Código Civil de 1916, por escritura pública e com direitos sucessórios diferentes dos filhos biológicos.

O Código Civil de 2002 mudou a idade em que se atinge a maioridade civil de 21 anos para 18 anos de idade, conforme seu artigo 5º. Assim, também sofreu modificação a idade máxima do adotado menor de idade, que passa a ser de dezoito anos.

A lei de 2002 também instigou polêmica na doutrina ao trazer “dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade”³⁰, matéria regulada exclusivamente pelo ECA. Todavia, a Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010/2009) corrigiu essa superposição revogando expressamente os dez artigos do Código Civil de 2002 que diziam respeito à adoção e dando nova redação a outros dois artigos³¹. Com isso, o ECA passou a regular a adoção de crianças e adolescentes e seus princípios também são aplicados à adoção de maiores de idade, conforme artigo 1.619 do Código Civil atual.

A Lei de Adoção tenta dar celeridade aos processos de adoção. Além disso, criou um cadastro nacional, definido em resolução do Conselho Nacional de Justiça, “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 jovem em abrigo”³².

Enfim, pudemos perceber analisando os antecedentes históricos do direito brasileiro que as diretrizes da adoção evoluíram de forma benéfica ao adotado, culminando na Lei de Nacional de Adoção. Nada obstante, além de inúmeros direitos, a lei de 2009 também trouxe algumas exigências a serem atendidas no processo de adoção. Apreciaremos este procedimento, sinteticamente, no tópico seguinte.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 497.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 387.

³² Id., *Ibid.*, loc. cit.

2.3 SÍNTESE DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO E SEUS EFEITOS

Os oito artigos da Lei de Adoção importaram em 227 alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do processo de adoção como medida excepcional e irrevogável, devendo ser concedida apenas depois de se esgotarem as demais possibilidades de manter a criança na família biológica, conforme os ditames do parágrafo primeiro de seu artigo 39.

O parágrafo 3º do artigo 28 do ECA prega que na apreciação do pedido de adoção deve se levar em conta “o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

Maria Berenice Dias³³ acredita que a Lei Nacional de Adoção tornou o processo de adoção dificultoso ao dar, injustificadamente, preferência à família biológica, fazendo com que a Justiça perca muito tempo procurando por parentes que desejem ficar com a criança. No entanto, a autora considerou positiva a supressão pela lei dos prazos diferenciados da licença-maternidade, que antes dependiam da idade do adotado.

Todo o processo de adoção é feito mediante o judiciário, com início no cadastramento dos interessados e registro de crianças aptas a serem adotadas, até a efetiva adoção, concedida mediante sentença judicial. As crianças aptas são aquelas que não possuem pais ou familiares conhecidos, por isso órfãs, ou que seus pais perderam o poder familiar mediante sentença ou desistência homologada por sentença.³⁴

Segundo o artigo 40 do ECA, o adotando deverá ter, até a data do pedido de adoção, no máximo 18 anos, “salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes”. Neste último caso, o procedimento aplicado é o dos artigos 165 a 170 do ECA³⁵. Se o adotando for maior de 18 anos e não estiver incluso na exceção do artigo 40, a competência será da Vara de Família.

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 515.

³⁴ LIMA, Karina Barbosa de; AZEVEDO, Raquel Gutierrez de. *Adoção intuito personae e adoção à brasileira: aspectos legais e consequências práticas*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150602-11.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p. 6.

³⁵ DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. 6ª ed. Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2016, p. 45.

A competência para o processo e julgamento da adoção de menores de idade será da Vara da Infância e da Juventude (artigo 148, inciso III, do ECA), sendo que “o procedimento para a habilitação à adoção é de jurisdição voluntária”³⁶. O artigo 141, § 2º, do ECA garante aos processos desta Justiça a isenção de custas e emolumentos, salvo nos casos de litigância de má-fé. O processo de adoção terá, ainda, trâmite prioritário, como preconiza o artigo 152, parágrafo único, do ECA. Não é necessário que o candidato à adoção compareça em Juízo acompanhado de advogado³⁷.

Na adoção singular, o adotante deve ser maior de 18 anos, “pouco importando seu estado civil, sexo e nacionalidade”³⁸. Se a adoção for conjunta, ou seja, se os adotantes forem casados civilmente ou mantenedores de união estável, “basta que um deles tenha completado dezoito anos e que haja comprovação de estabilidade da família”³⁹. Não há no direito brasileiro previsão de idade máxima, mas deve o adotante ter maturidade e preparo para adotar.

Os avós e os irmãos do adotando não podem o adotar (art. 41, § 1º, do ECA), pois isso acarretaria a perda dos seus direitos sucessórios em relação a seus pais biológicos, não lhe trazendo qualquer vantagem. Assim, a aplicação dos institutos da guarda e da tutela são suficientes e mais adequados nestes casos⁴⁰.

O adotante deve ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotando (art. 42, § 3º, do ECA), para que, segundo Diniz⁴¹, possua maior possibilidade de melhor exercer o poder familiar.

Deve haver a concordância do adotando se este possuir mais de 12 anos de idade, inclusive com a sua colocação em família substituta. Seu consentimento será colhido em audiência, como dispõe o artigo 28, § 2º, do ECA. Também deve haver o consentimento dos genitores na adoção.

Considerando que a concordância dos pais naturais é requisito essencial desta espécie de ação, a negativa de confirmação desta concordância em

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 521.

³⁷ Id., *Ibid.*, loc. cit.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.147.

³⁹ Id., *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁰ DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. 6ª ed. Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2016, p. 47.

⁴¹ DINIZ, op. cit., loc. cit.

juízo pelos pais, ou mesmo a objeção expressa ao pedido de adoção, causará inevitavelmente a extinção do processo. Assim, o advogado do autor deve certificar-se de que os pais naturais realmente entenderam a natureza do ato e "concordam" com ele.⁴²

O artigo 46 do ECA estabelece um estágio de convivência entre os pretensos adotantes e a criança ou adolescente antes da formalização da adoção. Prado⁴³ aduz que o estágio de convivência “é o momento em que deverá ser observado se haverá adaptação no relacionamento familiar entre adotando e adotante”. O prazo para o estágio de convivência é fixado pelo juiz, observadas as peculiaridades de cada caso, não havendo determinação legal de prazo máximo ou mínimo.

Os interessados em adotar, domiciliados no Brasil, devem se submeter ao procedimento de habilitação previsto nos artigos 197-A a 197-E do ECA. A petição inicial deverá ser instruída com, entre outros documentos, comprovante de renda e domicílio, atestados de sanidade física e mental e certidão de antecedentes criminais (art. 197-A do ECA). A inicial deve atender, ainda, aos requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil de 2015.

Após recebida a inicial, abre-se vista ao Ministério Público, em até 48 horas. O Ministério Público terá o prazo de 5 dias para apresentar quesitos para a equipe interprofissional, requerer a designação de audiência ou requerer juntada de documentos e realização de diligências (art. 197-B, incisos I, II e III, do ECA).

A equipe interprofissional atua obrigatoriamente no processo de adoção elaborando estudo psicossocial acerca da capacidade e do preparo dos interessados em adotar (art. 197-C do ECA). É ela que define quem está ou não apto ao exercício de uma paternidade responsável. Os postulantes devem participar de programa de preparação psicológica e de orientação (art. 197-C, § 1º, do ECA), com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. A conclusão dessa participação deve ser certificada nos autos (art. 197-D do ECA).

No prazo de 48 horas, o juiz decidirá “acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público e determinará a juntada do estudo psicossocial, designando,

⁴² ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática no direito de família*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112.

⁴³ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 44.

conforme o caso, audiência de instrução e julgamento” (art. 197-D do ECA). Acerca da juntada do estudo psicossocial, o juiz abrirá vista ao Ministério Público, por 5 dias, e decidirá em igual prazo (art. 197-D, parágrafo único, do ECA).

Se a habilitação do postulante for deferida, ele será inscrito nos cadastros de pessoas interessadas em adotar, na forma do artigo 50 do ECA. Sua convocação para a adoção será feita de acordo com a “ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis” (art. 197-E do ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que cada comarca ou foro regional mantenha um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e um registro de candidatos interessados em adotar. Além das listagens locais, “serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção” (artigo 50, § 5º, do ECA).

Acerca da observância da ordem cronológica das habilitações, dispõe o § 1º do artigo 197-E do ECA: “a ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando”.

Dessa forma, ante o disposto no § 13 do artigo 50 do ECA, a adoção somente será deferida em favor de candidato sem cadastro prévio quando “se tratar de pedido de adoção unilateral”; quando “for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade”; ou quando “oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente”, com a ressalva de que o lapso de tempo de convivência deve comprovar a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não deve ser constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos artigos 237 ou 238 do Estatuto.

O dispositivo supracitado trata dos requisitos que parte da doutrina e da jurisprudência consideram como autorizadores da modalidade de adoção *intuitu personae*. Todavia, deixo para tratar deste assunto no próximo capítulo.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 197-E do ECA, caso haja recusa sistemática de uma criança ou adolescente pelos interessados na adoção, haverá uma reavaliação da habilitação a eles concedida.

O objetivo da norma é fazer com que os postulantes à adoção deixem de fazer exigências excessivas quanto ao “perfil” da criança que pretendem adotar, ao que corresponde um trabalho a ser desenvolvido pela equipe técnica a serviço da Justiça da Infância e da Juventude (preferencialmente em parceria com os técnicos das entidades de acolhimento e responsáveis pela execução da política municipal destinada à plena efetivação do direito à convivência familiar). A reavaliação preconizada por este e outros dispositivos introduzidos pela Lei nº 8.069/1990 não deve ser uma atividade meramente passiva, mas também compreender o estímulo à adoção de crianças maiores de 03 (três) anos e adolescentes, grupos de irmãos, crianças e adolescentes com deficiência e outras que geralmente não têm interessados em sua adoção. Assim sendo, a rigor basta uma recusa, que demonstre preconceito ou discriminação para com a adoção de uma criança ou adolescente que não se enquadre no “perfil” idealizado pela pessoa ou casal habilitado, para que a reavaliação (e o referido trabalho destinado à “remoção das barreiras psicológicas à adoção”) seja efetuada.⁴⁴

Diante de todo o exposto, vale lembrar que, em concordância com o art. 43 do ECA, “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Destarte, a medida deve aproveitar ao adotando, que é o verdadeiro interessado no melhor desfecho do processo de adoção. E é por isso mesmo que o ECA assegura ao adotando, em seu artigo 48, o direito de ter acesso ao processo de adoção e de conhecer sua origem biológica.

Destaque-se que a adoção por procuração é vedada pelo ECA e que a participação do *parquet* é necessária, por se tratar de uma ação de estado⁴⁵.

Após a sentença, que possui eficácia constitutiva e produz efeitos a partir do trânsito em julgado, não há que se falar em arrependimento por parte da família biológica. O arrependimento será ineficaz, dado que o consentimento dos genitores só pode ser revogado no curso do processo de adoção e até a data da publicação da sentença, com fulcro no artigo 166, § 5º, do ECA.

No que concerne aos efeitos da adoção, estes começam a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 47, § 7.º, do ECA). Exceção deve ser feita se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Nesse sentido, enuncia o art. 42, § 6.º, do ECA, que a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação, vier a falecer no curso do processo, antes de prolatada a decisão. A última norma é aplicável à adoção *post mortem*, devendo os herdeiros do adotante dar seguimento ao processo. Em casos tais, as

⁴⁴ DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. 6ª ed. Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2016, p. 292.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 522.

relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.⁴⁶

Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷, os efeitos da adoção serão de ordem pessoal e de ordem patrimonial. Os de ordem pessoal incluem: a) formação de parentesco civil entre adotado e adotante (condição de filho); b) equiparação do filho adotivo ao filho consanguíneo e transferência do poder familiar; c) concessão do nome do adotante ao adotado, com a possibilidade de modificação do prenome. Os efeitos de ordem patrimonial são: a) dever recíproco de prestar alimentos, entre adotante e adotado; b) direito sucessório conferido ao filho adotado, concorrendo em igualdade de condições com os filhos consanguíneos.

Em suma, o deferimento da adoção assegura ao adotando todos os direitos decorrentes da filiação e destitui o poder familiar dos pais biológicos.

Depois dessa exposição dos principais aspectos do processo de adoção no direito pátrio, antes de passarmos para o próximo capítulo desta obra, cabe trazer à baila alguns exemplos de como o instituto é tratado pelo direito alienígena.

2.4 DIREITO ESTRANGEIRO COMPARADO

Neste tópico, faremos uma breve exposição de como é o instituto da adoção em países cuja doutrina e legislação tem grande influência sobre o direito brasileiro, como Itália, França e Portugal, e também nos Estados Unidos, que possuem a peculiaridade de não ter orfanatos e ser possível a adoção por meio de agências particulares que intermediam entre a mãe e os interessados em adotar.

Nos Estados Unidos, os primeiros estatutos sobre a adoção surgiram entre as décadas de 1840 e 1850, sendo o Estado de Massachusetts o primeiro a promulgar um estatuto da adoção, em 1851. Em um primeiro momento, “os estatutos apenas mudavam o nome da criança adotada e, posteriormente, passaram a

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1.405, grifo do autor.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

conferir-lhe capacidade em relação aos direitos sucessórios dos pais adotivos”⁴⁸. O “Ato Uniforme da Adoção” estabeleceu, em 1994, os princípios básicos que regeriam a adoção⁴⁹.

A partir do século XX, a demanda de processos de adoção aumentou significativamente, fazendo com que os Estados americanos aderissem ao sistema das adoções abertas, ou *open adoptions*. De acordo com Enei⁵⁰, “acreditava-se que a adoção aberta, ao não subtrair de todo o acesso ao filho, estimularia os pais biológicos a consentir nas adoções”.

Essas adoções abertas pressupõem a atuação de agências de adoção credenciadas, tanto oficiais quanto particulares. A adoção sem a intermediação de uma agência é chamada de adoção independente. Há processo judicial de adoção, mas a escolha dos pais é respeitada⁵¹.

Dentre os requisitos da adoção, a regra geral, válida em todos os estatutos legais dos diferentes Estados americanos, tem por finalidade a permissão da adoção, tanto por pessoas casadas, para as quais a solicitação para adoção deve ser feita por ambos os cônjuges, ou com o consentimento do outro cônjuge, como para pessoas solteiras.

A maioria dos estatutos discorre que o adotante deve ter, no mínimo, 21 anos de idade, porém, outros permitem a adoção por pessoas abaixo dessa faixa etária, no caso de se tratar de pessoas casadas. No que tange à diferença de idade entre adotante e adotado, alguns Estados exigem que essa diferença seja de 15 anos e, outros, de 10 anos de idade.⁵²

Na Itália, o instituto enfrentou resistência jurídico-social e teve sua aplicação dificultada, pois era visto como uma “forma de burlar a proibição legal de reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos”⁵³.

O Código Civil italiano de 1865 fixava a idade mínima do adotante em 50 anos, discorria que a diferença etária mínima entre o adotante e o adotado deveria

⁴⁸ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 19.

⁴⁹ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 20.

⁵⁰ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 77.

⁵¹ Id., *Ibid.*, p. 77-78.

⁵² PRADO, op. cit., loc. cit.

⁵³ PRADO, op. cit., p. 21.

ser de 18 anos de idade e “impedia a adoção caso os pretendentes à mesma já tivessem descendentes legítimos ou legitimados”⁵⁴.

O Código Civil Italiano de 1942 trouxe algumas modificações ao instituto da adoção. A adoção do menor de 18 anos passou a precisar do consentimento de seu representante legal, enquanto os adotandos maiores de 18 anos e menores de 21 anos apenas deveriam ser assistidos⁵⁵. O referido código “equiparou os filhos adotivos aos legítimos, para fins sucessórios, porém, com relação à herança dos parentes do adotante, o filho adotivo continuava sem nenhum direito sucessório”⁵⁶.

Atualmente, na Itália, a Lei nº: 184, de 4 de maio de 1983, que reformou o Código Civil de 1942, é que disciplina a questão da adoção e tutela de menores. Tal diploma legal enfoca a prevalência dos interesses psicológico e moral dos menores de idade, que deverão ser observados, principalmente no que tange às decisões a serem tomadas no procedimento da adoção. Uma grande evolução no instituto constante do Código Civil de 1942, em seu artigo 27, foi a modificação trazida pela Lei 184, de 1983, que insere o menor adotivo, o qual já é considerado filho legítimo, de modo pleno, na família dos adotantes, dando origem à adoção plena.⁵⁷

Os adotantes na Itália devem ter idade acima de 18 anos e a diferença de idade entre adotando e adotante deve ser de, no mínimo, 18 anos e, no máximo, de 40 anos. Se houver adolescentes maiores de 14 anos na família do adotante, estes deverão ser ouvidos. O consentimento do adotando é obrigatório para maiores de 14 anos, sendo o consentimento dos pais biológicos sempre obrigatório. Os adotantes devem obrigatoriamente estar casados por mais de 03 anos, não sendo permitida a adoção por um só requerente. A adoção na Itália é irrevogável, adquirindo o adotado a condição de filho legítimo⁵⁸.

Na França há duas modalidades de adoção, quais sejam, simples (*simple*), que não rompe definitivamente com a família biológica e é revogável, e plena (*plenièrè*), na qual o adotando adquire os mesmos direitos dos filhos legítimos, extingue-se o vínculo de parentesco com a família de origem e é irrevogável⁵⁹. Na

⁵⁴ Id., Ibid., loc. cit.

⁵⁵ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 21.

⁵⁶ Id., Ibid., loc. cit.

⁵⁷ Id., Ibid., p. 22.

⁵⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 509-512.

⁵⁹ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 78.

adoção plena a idade máxima dos adotandos é de 15 anos, não havendo restrições de idade para a adoção simples⁶⁰.

A adoção não precisa necessariamente de um processo judicial e o prazo para arrependimento é de 2 meses⁶¹.

Se a criança for maior de dois anos, seus genitores prestarão consentimento na adoção apenas quando o adotando não estiver aos cuidados dos serviços sociais da infância. Já se a criança for menor de dois anos, o consentimento dos pais será prestado se a criança estiver abrigada ou aos cuidados do serviço social⁶².

Os adotantes na França devem ter idade acima de 30 anos e a diferença mínima de idade entre adotando e adotante deve ser de 15 anos. O consentimento do adotando é obrigatório para maiores de 13 anos, na adoção plena, e para maiores de 15 anos, na adoção simples. Na adoção plena, os adotantes devem obrigatoriamente estar casados há 05 anos, não havendo esta restrição na adoção simples. A adoção por um só requerente é permitida na adoção plena, desde que tenha acima de 30 anos⁶³.

Em Portugal há grande influência do direito romano. Em 1446, as Ordenações Afonsinas tratavam da adoção como “perfilhamento”. As Ordenações Filipinas, de 1603, sistematizaram o ordenamento português, trazendo o instituto da adoção⁶⁴.

O Direito português não outorgava direitos sucessórios ao adotado, denominado “arrogado”, se não houvesse autorização do Príncipe. O filho adotado “só herdaria por exceção expressa na confirmação do perfilhamento ou da adoção”⁶⁵.

Insta salientar que o Código Civil português de 1867, não acolheu a instituição da adoção. Foi com base no Decreto Lei nº: 47.344 de 25 de novembro de 1966, que deu ensejo ao Código Civil de 1966, é que a adoção foi resgatada naquele país.

Hoje, através do Decreto Lei nº: 185, de 22 de maio de 1993, o atual Código

⁶⁰ LIBERATI, op. cit., p. 509.

⁶¹ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 79.

⁶² Id., Ibid., p. 78.

⁶³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 509-511.

⁶⁴ PRADO, Rodrigues Mariana. *O processo de adoção no Brasil*. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 23.

⁶⁵ Id., Ibid., loc. cit.

Civil português reconhece duas classes de adoção: a adoção restrita e a adoção plena. [...] Na modalidade da adoção plena, o adotado adquire a filiação legítima e integra-se com seus descendentes, na família do adotante.⁶⁶

Os adotandos em Portugal devem ter até 15 anos. Se estiver na companhia dos adotantes ou se for filho de um deles, o adotando poderá ter até 18 anos⁶⁷.

Os adotantes devem ter idade entre 25 e 50 anos e não há previsão para a diferença de idade entre adotando e adotante. Se houver adolescentes maiores de 14 anos na família do adotante, estes deverão ser ouvidos. O consentimento do adotando é obrigatório para maiores de 14 anos. O consentimento dos pais biológicos é obrigatório, mesmo sem o exercício do pátrio poder. Os adotantes devem obrigatoriamente estar casados há 04 anos na adoção plena, não havendo restrição legal para a adoção restrita⁶⁸.

É permitida a adoção por um só requerente na adoção restrita. Na adoção plena, somente é possível a adoção por um só requerente para os maiores de 30 anos, salvo quando o adotando é filho do cônjuge, hipótese em que é possível para os maiores de 25 anos. A adoção plena é irrevogável, adquirindo o adotado a condição e todos os direitos de filho. Já a adoção restrita é revogável e o adotado mantém vínculo com a família biológica, não havendo direitos sucessórios em relação ao adotante⁶⁹.

Com isso, encerro os aspectos gerais da adoção e o primeiro capítulo deste trabalho. Na sequência, passaremos a tratar das especificidades desta monografia.

⁶⁶ Id., Ibid., p. 23-24.

⁶⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 509.

⁶⁸ Id., Ibid., p. 509-511.

⁶⁹ Id., Ibid., p. 512-513.

3 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

3.1 CONCEITO

Após a análise da evolução da adoção desde a sua origem até os dias de hoje, passaremos a cuidar de uma de suas ramificações. O estudo da adoção *intuitu personae* é relevante por ser um assunto atual, que interessa à sociedade contemporânea. Sua aplicação no caso concreto interfere na ordem de prioridade do cadastro de interessados em adotar. No entanto, a obediência a este critério estritamente legalista pode não ser o mais adequado para se alcançar o melhor interesse da criança.

Mas antes de adentrarmos no exame dos princípios que circundam este instituto, é preciso conceituar a adoção *intuitu personae*. Maria Berenice Dias⁷⁰ define a espécie como “adoção dirigida”. Na obra de Rodrigo da Cunha Pereira⁷¹, adoção *intuitu personae* é o mesmo que “adoção consensual”. Nas palavras deste último, trata-se de modalidade na qual os genitores “escolhem os adotantes e manifestam expressamente, perante a autoridade judiciária, o desejo de entregar o filho em adoção a determinada pessoa ou casal”⁷².

A adoção *intuitu personae* também é denominada como “adoção pronta”, porquanto a designação da nova família para a criança ou adolescente feita pelos pais biológicos do adotando é geralmente exteriorizada “em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário”⁷³.

Em outras palavras, a adoção chega “pronta” à Justiça, já que os genitores, por meio da sua expressão de vontade, já fizeram a escolha da família que consideram mais adequada para receber seu filho. Assim, “efetivada materialmente

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 510.

⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

⁷² Id., *Ibid.*, p. 62.

⁷³ GRANDO. Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. Adoção *intuitu personae* e a observância do cadastro de adoção. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. ISSN 2236-5044, v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 1.860.

a entrega da criança, somente então se apresentam em juízo, para revestir o negócio jurídico da forma legal⁷⁴.

Cumprido destacar que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM aprovou, em outubro de 2015, entre outros enunciados programáticos, o Enunciado 13, que dispõe sobre a possibilidade de os pais biológicos elegerem os adotantes na hipótese de adoção *intuitu personae*.

O artigo 50, parágrafo 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente trata das hipóteses em que é permitida a adoção por pessoas sem cadastramento prévio nas listas de interessados em adotar. Para os defensores da adoção *intuitu personae*, este seria o dispositivo autorizador do instituto no Brasil.

Mas a adoção dirigida não é bem aceita por parte da doutrina. Esse enjeitamento ocorre porque há uma perda do controle do início do procedimento de adoção por parte do Poder Público. Sendo assim, a família escolhida previamente pelos pais biológicos, como não foi cadastrada, não passou pelo estudo psicossocial e pelo programa de preparação psicológica e de orientação feito pela equipe interprofissional. Dessa forma, essa família pode não preencher os requisitos subjetivos (interesses legítimos e melhor interesse) e objetivos (idade e cadastro, que já não preenche) dispostos pela lei⁷⁵.

Todavia, obstar essa forma de adoção, ignorando a vontade dos genitores de apontar o que consideram melhor para o filho, traz uma pressuposição de má-fé dos envolvidos por parte do Estado-Juiz. Na verdade, “há muitas situações em que a mãe só se dispõe a entregar o filho para uma adoção se for para alguém de sua confiança”⁷⁶.

É claro que, do mesmo modo como deve suceder com as adoções em geral, é imperioso que o juiz apure se os pretensos adotantes eleitos pelos genitores são adequados, dentro dos padrões da lei. Contudo, não se pode “deixar de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem

⁷⁴ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 58-59.

⁷⁵ LIMA, Karina Barbosa de; AZEVEDO, Raquel Gutierrez de. *Adoção intuitu personae e adoção à brasileira: aspectos legais e consequências práticas*. 2015. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150602-11.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p. 8.

⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

atentar à listagem⁷⁷, como quando já existe um forte vínculo afetivo entre o adotando e os adotantes consentidos pela família biológica.

Destarte, nessas conjunturas em que há o conflito no caso concreto entre a estrita legalidade da ordem do cadastro de interessados em adotar e a vontade da família natural do adotando é que devem ser aplicados os princípios que serão elencados nos itens seguintes.

3.2 SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O cadastro de pretendentes à adoção não representa fim em si mesmo, podendo ser flexibilizado para atender às exceções no caso concreto com razoabilidade e na medida do melhor interesse da criança.

A observância do melhor interesse do menor é imprescindível, vez que cada caso deve ser avaliado pelo juiz, que decidirá de acordo com as circunstâncias, analisando os estudos dos requisitos necessários para tal prática, bem como, [sic] se os adotantes encontram-se em condições de adotar.⁷⁸

Pode-se dizer, então, que o princípio da supremacia do melhor interesse da criança e do adolescente relativiza a cronologia de preferência do cadastro. Este é um princípio base e que norteia todo o sistema de proteção ao menor. Segundo Oliveira⁷⁹, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente “surgiu por meio do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e veio para proteger o menor, que é hipossuficiente, concedendo-lhes direitos antes esquecidos e que foram resgatados”.

Assim, a lista de preferência, mesmo sendo a regra, não deve ser tratada como se fosse de observância absoluta. O melhor interesse do menor poderá

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 510.

⁷⁸ GRANDO. Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. Adoção intuitu personae e a observância do cadastro de adoção. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. ISSN 2236-5044, v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 1.861.

⁷⁹ OLIVEIRA, Juliana Mayumi de. *A importância do afeto e do respeito entre os genitores e da guarda compartilhada, evitando-se a alienação parental*. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Juliana%20Mayumi.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016, p. 32.

excepcionar a norma em casos em que haja vínculo afetivo entre o adotando e os pretensos adotantes, mesmo os não cadastrados.

Em qualquer caso, deve haver o efetivo benefício do adotando. Uma vez consolidados os laços sociológicos e de afeto entre o menor e o adotante, atendidos os demais pressupostos legais, “a ação do Estado deve limitar-se à averiguação da conformação do melhor interesse da criança e do adolescente, justificando-se o desfazimento do núcleo familiar tão somente nos casos de risco comprovado, ou em potencial, ao adotando”⁸⁰.

As adoções em geral, e em particular a adoção consentida, estão envolvidas em preconceitos que impedem ou atrapalham que se cumpra o princípio da prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Tal preconceito está na própria lei de adoção (Lei nº 12.010/10) que estimula esgotar a qualquer custo o interesse da família extensa (biológica) pela adoção. E isto nem sempre é bom para as crianças, pois na maioria das vezes, quando alguém da família aceita adotar, o faz, movido por um sentimento de culpa, e não por amor e desejo, como acontece com os pretensos pais adotivos fora da relação biológica. Este malefício da lei de adoção advém de seu equívoco conceitual por não ter apreendido a evolução e compreensão da psicanálise e antropologia de que a família não é um fato da natureza, mas da cultura.⁸¹

Extraí-se do trecho acima que, mesmo querendo o legislador a todo custo o esgotamento das possibilidades de manutenção do menor na família biológica, às vezes essa não é a melhor opção para a criança. Há situações em que um casal conhecido dos pais, mas que não possui laços de sangue com o adotando, possui melhores condições socioafetivas para acolhê-lo. Nem sempre o critério sanguíneo é o mais adequado para alcançar o real benefício da criança e do adolescente.

Pereira⁸² considera importante que o juiz, na adoção *intuitu personae*, examine o relacionamento entre os genitores e os adotantes para poder entender as motivações da “entrega dirigida”, se ela realmente confere vantagens à criança e para aferir a boa-fé dos envolvidos.

Complementa o autor que a falta de previsão normativa expressa da adoção pronta não faz com que ela seja proibida ou impossível de se concretizar,

⁸⁰ GRANDO. Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. Adoção *intuitu personae* e a observância do cadastro de adoção. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. ISSN 2236-5044, v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 1.867.

⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62-63.

⁸² Id., *Ibid.*, p. 63.

relacionando o instituto com o da tutela, na qual os pais têm direito de nomear o tutor de seu filho. Se é possível a escolha dos que ficarão com o menor após a morte dos genitores, também seria possível escolher quem irá adotá-lo⁸³.

Ressalte-se que a questão aqui debatida não trata apenas da falta de previsão legal dessa espécie de adoção, mas do fato de seu procedimento ser contrário ao que é expressamente previsto na legislação. A adoção dirigida não respeita o processo previsto no ECA e na Lei de Adoção, no qual se inclui a exigência de cadastro prévio e de estudo psicossocial.

No entanto, se levarmos em conta que a Constituição Federal é hierarquicamente superior às leis supracitadas e que o princípio da supremacia do melhor interesse da criança e do adolescente decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, temos que as regras das normas inferiores podem ser relativizadas para a concretização de uma tutela mais efetiva dos interesses do menor.

Em suma, para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente é possível negligenciar a ordem da lista de adotantes cadastrados e também há a possibilidade de as pessoas escolhidas pelos pais não serem parte da família do adotando, mesmo que o ECA exija o exaurimento das tentativas de se manter o menor no seio familiar.

3.3 GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Emenda Constitucional nº 65, de 2010, deu nova redação ao artigo 227 da Constituição Federal. O referido dispositivo constitucional dispõe, *in verbis*:

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. (Grifei)

⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63-64.

De maneira semelhante, o *caput* do artigo 19 do ECA traz o direito da criança e do adolescente de “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”.

O inciso X do artigo 100 do ECA enuncia o dever de dar prevalência às medidas que mantenham ou reintegrem a criança e o adolescente na sua família natural ou extensa. Quando isso não for possível, devem prevalecer as medidas que promovam a sua integração em família substituta.

No mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, reconheceu “que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”.

Entretanto, conforme preceitua Rosa⁸⁴, “nenhuma das normas acima mencionadas faz referência a um instituto intitulado ‘família biológica’, denotando a falta de importância que esse conceito tem para a aplicação das normas de direito infanto-juvenil”. A concepção de “família”, no que tange à garantia do direito à convivência familiar, deve vir acompanhada dos “elementos de afinidade e afetividade”.

Citando Nunes⁸⁵, “a convivência familiar mostra-se no efetivo e constante contato entre pessoas unidas por laços de comunhão de vida, revelados por identidade de relações socioafetiva, de parentesco – seja ele natural ou não – e de moradia”.

Dessa forma, a salvaguarda da família biológica não deve ser assentada puramente na consanguinidade, pois “a biologia apenas é relevante juridicamente quando se realiza na forma de relações de carinho, amor, compreensão e comunhão entre os indivíduos membros do núcleo familiar”⁸⁶.

Na mesma esteira preconiza o *Guia Comentado – Novas regras para a adoção* da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB: “não basta apenas o laço de sangue, mas também a necessidade de que haja afinidade e afetividade,

⁸⁴ ROSA, Carolina Valiati da. *O superior interesse da criança e os melhores interesses da família biológica: a família extensa reinterpretada*. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Carolina%20Valiati.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016, p. 16.

⁸⁵ NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. *Novos vínculos jurídicos nas relações de família*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07022011-153554/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 30.

⁸⁶ ROSA, op. cit., loc. cit.

elementos considerados fundamentais para que seja assegurado o direito a convivência familiar de modo pleno⁸⁷.

Isto posto, a lei não deve ser interpretada de maneira a dificultar a adoção com a predileção cega da família de sangue. O direito à convivência familiar deve ser sempre conjugado com o princípio do melhor interesse do adotando e, precipuamente, com o princípio jurídico da afetividade, sobre o qual discorreremos a diante.

3.4 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Como demonstrado no tópico anterior, a afetividade é um dos elementos mais importantes para se aferir o melhor interesse do adotando, podendo os vínculos de afeto prevalecer, no caso concreto, sobre a lista de preferência e até mesmo sobre a consanguinidade.

Não seria prudente por parte do Poder Judiciário tirar uma criança que já construiu um relacionamento familiar com seus pretensos adotantes dos cuidados destes para abrigá-la em instituições, como orfanatos, deixando o menor à mercê de uma nova família que pode ou não ter interesse em adotá-la. A certeza de uma vida feliz, com amor paterno e materno, deve triunfar sobre a incerteza e a espera.

O princípio da afetividade viabiliza a adoção *intuitu personae*, “já que os vínculos entre adotantes e adotado já foram formados e a criança os enxerga como pais. Não seria justo incumbir-lhe uma segunda perda apenas para favorecer um cadastro⁸⁸”.

A afetividade não somente é um princípio importantíssimo para o instituto da adoção dirigida, como também é o princípio mais utilizado nas demais relações do direito de família. Trata-se de um princípio constitucional implícito e protetor dos direitos fundamentais. A afetividade pode ser definida como “a característica que

⁸⁷ _____. *Guia Comentado – Novas regras para a adoção*. 2009. Disponível em:

<http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/adocao_comentado.pdf>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 6.

⁸⁸ LIMA, Karina Barbosa de; AZEVEDO, Raquel Gutierrez de. *Adoção intuitu personae e adoção à brasileira: aspectos legais e consequências práticas*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150602-11.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p. 10.

une pessoas estritamente por se gostarem, independentemente de vínculo biológico”⁸⁹.

Além de discorrer sobre a afetividade, é cabível trazer à baila o conceito de afeto. Segundo Marins⁹⁰, o afeto é “uma necessidade primária do ser humano”; “um elemento sem o qual o ser humano não consegue viver, sendo, portanto, imprescindível para a vida humana e insubstituível por qualquer outro elemento presente na natureza”.

A necessidade afetiva é bem mais latente em crianças e daí advém a importância da família como entidade capaz de suprir essa natural carência e proporcionar um desenvolvimento não somente saudável do ponto de vista fisiológico, mas, sobretudo, do ponto de vista da saúde mental.⁹¹

Rehbein e Schirmer⁹² chamam a atenção do leitor para a evolução da sociedade. Antes a família era baseada no sistema patriarcal, no qual “as relações se baseavam estritamente nas ordens do pai, considerado chefe de família”. Com o tempo, a sociedade passou a ter novos costumes e valores, sendo um deles o afeto. Com as evoluções no meio social, as famílias passaram a ser menores, com menos membros. Assim, “a entidade familiar passou a constituir laços e ter um convívio mais forte, calçando sua relação na afetividade”.

A consequência da aproximação dos membros da entidade familiar foi o nascimento do Princípio da Afetividade o qual, na contemporaneidade, passou a regular e dar uma nova leitura às relações, fixando-se com [*sic*] um pilar de onde se devem construir as relações afetivas.

O afeto, sentimento esse que invadiu e passou a fazer parte da vida dos seres humanos, nada mais é do que uma troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e de atenção, buscando apenas o bem da outra pessoa [...].

Esse princípio não está expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, nem no Código Civil, decorrendo da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, no § 7º do artigo 226 e no artigo 227, todos da Constituição Federal de 1988, ou seja, o princípio da afetividade encontra-se assegurado pelo princípio da dignidade da

⁸⁹ RICARDO, Amanda Pereira. *A importância jurídica e psíquica do afeto nas relações de parentalidade*.

Monografia – Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Amanda%20Pereira%20Ricardo.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016, p. 14.

⁹⁰ MARINS, Thiago Montanari. O Princípio da Afetividade no Direito das Famílias. *Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense*. ISSN: 1983-6880, v.2, n.6, 01 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/44>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 10.

⁹¹ Id., *Ibid.*, p. 12.

⁹² REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. O princípio da afetividade no estado democrático de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria. ISSN 1981-3694, v.5, n.2, 01 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7052#.Vt3cMo-cHIU>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 2.

pessoa humana.⁹³

Nunes⁹⁴ considera a afetividade como um princípio que integra e complementa os conceitos dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e da solidariedade (art. 3º, I, CF).

A relação entre o princípio da afetividade e o superprincípio da dignidade da pessoa humana é bastante íntima. O princípio da afetividade consagra o valor jurídico do afeto na vida do ser humano, alçando-o ao patamar de direito fundamental, enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana unifica em torno de si os direitos fundamentais e aponta a direção para a consecução do objetivo maior, que não é outro senão, a dignificação do ser humano. De certo, a dignidade é o melhor (talvez o único) meio de se alcançar os objetivos que estão expressamente previstos na Carta maior.⁹⁵

Ademais, este princípio balizador do Direito de Família tem como fundamentos constitucionais, além dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, já citados anteriormente: o princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, CF); a adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º, CF); a proteção à família monoparental (art. 226, § 4º, CF); a união estável (art. 226, § 3º, CF); a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227, CF)⁹⁶.

Diante do exposto, pudemos extrair diversas formulações que circundam a adoção *intuitu personae*, como sua definição e os princípios que lhe ajudam a tomar forma. Nada obstante, para melhor vislumbramos essas abstrações faz-se necessário análise fática concreta. E é por isso que no último tópico desta monografia vamos expor alguns casos discutidos pelos tribunais para que possamos entrever como tem se posicionado a jurisprudência pátria sobre esse assunto.

⁹³ REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. O princípio da afetividade no estado democrático de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria. ISSN 1981-3694, v.5, n.2, 01 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7052#.Vt3cMo-cHIU>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 5.

⁹⁴ NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. *Novos vínculos jurídicos nas relações de família*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07022011-153554/>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 29.

⁹⁵ MARINS, Thiago Montanari. O Princípio da Afetividade no Direito das Famílias. *Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense*. ISSN: 1983-6880, v.2, n.6, 01 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/44>>. Acesso em 07 mar. 2016, p. 15.

⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 552.

3.5 O INSTITUTO DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido de forma favorável à adoção consentida, mesmo havendo a quebra da ordem cronológica do cadastro de adoção. Suas decisões são fundamentadas no melhor interesse da criança e no vínculo afetivo já construído entre o adotando e os adotantes.

Trago em comento três julgados deste tribunal. O primeiro trata-se de Recurso Especial de número 837.324-RS, discutido na Terceira Turma do STJ, julgado em 18 de outubro de 2007, tendo como relator o Ministro Humberto Gomes de Barros. O acórdão traz a seguinte ementa:

CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR. INEXISTENTE. FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO.

- Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos.

A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º).⁹⁷

O recurso foi interposto por Glademir Ferrari e Rosane Sperotto Ferrari em face do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. No caso dos autos, Valdomiro Gomes de Lima e Leni Forte da Silveira, pessoas humildes e de poucos recursos financeiros, deram em adoção seu sétimo filho, João Pedro, de dois dias de vida, nascido em 12 de julho de 2005, em Tapes/RS, para os recorrentes, que residiam em Bento Gonçalves.

Conforme o relatório do acórdão, “a guarda de fato foi registrada no cartório de Tapes/RS, antes de a criança ser levada para a residência do casal”⁹⁸. O Ministério Público promoveu ação contra os genitores de João Pedro, em 25 de agosto de 2005, com base em denúncia feita pelo Conselho Tutelar, sustentando que o casal havia vendido seu filho para os recorrentes. O *parquet* “pediu a

⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.324-RS (2006/0073228-3). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 18 de outubro de 2007.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 2.

suspensão do pátrio poder e a remoção do menor para o abrigo municipal”⁹⁹, o que foi deferido pela juíza de Tapes.

O menor já estava sob a guarda de fato dos recorrentes havia quase dois meses, quando fora apreendido, em 30 de agosto de 2005, e removido para o abrigo público de Bento Gonçalves. Os recorrentes permaneceram no abrigo junto ao menor, mediante autorização judicial, até o dia 05 de setembro de 2005, quando foi removido para o abrigo público de Tapes. Desde então, o casal foi impedido de ter contato com a criança.

Sob este prisma, os recorrentes entraram com ação pleiteando “a guarda provisória de João Pedro, enquanto se esclarecia a questão da suposta venda”¹⁰⁰. No entanto, no dia 1º de setembro de 2005 o pedido foi indeferido, pois o Juízo considerou que havia “indício veemente de comercialização da criança”¹⁰¹ e que “havia famílias habilitadas na comarca, em condições de receber João Pedro”¹⁰².

Durante todo o processo, os recorrentes afirmaram que a criança não havia sido comprada e que recebia carinho, cuidado e atenção. Dessa forma, reiteraram o pedido liminar para que o menor ficasse sob seus cuidados. No entanto, o pedido foi novamente indeferido. Após, foi determinado o desabrigamento do menor e sua colocação em família substituta, em 06 de setembro de 2005.

Depois de mais uma negativa, os recorrentes interpuseram agravo interno, frisando novamente que a criança “recebia amor e afeto, desde o primeiro dia de vida, tinha um lar e a possibilidade de um futuro feliz. Alertaram quanto aos males de o menor ficar mudando de ambientes e lares”¹⁰³. Entretanto, o agravo não teve provimento, pois não era o recurso cabível para modificar decisão liminar.

O inquérito policial que investigava a suposta venda de João Pedro aos recorrentes foi concluído no dia 21 de setembro de 2005. Como resultado, apurou-se que não havia indícios de que João Pedro fora vendido por seus genitores, havendo tão somente irregularidade na adoção.

Destarte, os recorrentes pediram a reconsideração do pedido liminar e, diante do fato novo, qual seja, o desaparecimento do motivo de sua remoção, o

⁹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.324-RS (2006/0073228-3). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 18 de outubro de 2007, p. 2.

¹⁰⁰ Ibid., loc. cit.

¹⁰¹ Ibid., p. 3.

¹⁰² Ibid., loc. cit.

¹⁰³ Ibid., loc. cit.

Juízo *ad quem* determinou o retorno do menor à guarda dos recorrentes, o que se deu em 29 de setembro de 2005, após 24 dias de afastamento.

Acontece que a família substituta que cuidava de João Pedro em Tapes interpôs agravo contra a decisão que determinou a volta da criança aos cuidados dos recorrentes. E após 42 dias com a família eleita por seus genitores, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 10 de novembro de 2005, determinou a nova apreensão de João Pedro, para que fosse observada a lista de espera para adoção. O agravo emitiu o seguinte juízo:

"Se os pretensos adotantes não deram devida atenção aos caminhos legais para busca de uma criança, não podem comprometer regular ordem de habilitação da comarca local, preterindo-se a lista de preferência, sendo que já foi deferida a guarda provisória à família substituta, ainda que modificada por pedido de reconsideração, deferido por desembargador substituto, em face de férias do relator original. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido."¹⁰⁴

Por essa decisão é que os recorrentes entraram com o Recurso Especial no STJ aqui debatido. Os recorrentes alegaram ofensa aos artigos 5º, 6º, 19, 168 e 161, § 1º, da Lei 8.069/90, bem como aos artigos 3º, 9º e 39, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas. Afirmam, ainda, que “o superior interesse do menor foi relegado pelo acórdão recorrido”¹⁰⁵ e que “o Colegiado ignorou o forte vínculo afetivo e familiar entre o menor e o casal”¹⁰⁶, não levando em conta a possibilidade de danos psicológicos à criança caso seja consolidado novo afastamento do menor do lar de seus pais afetivos.

Os recorrentes também “apresentaram laudos psiquiátricos elaborados por especialistas, que ressaltam a importância de a criança permanecer no lar dos pais afetivos”¹⁰⁷.

Na sua fundamentação, o presente acórdão elogiou a decisão do TJRS em dar efeito suspensivo ao Recurso Especial:

Graças a tal decisão, a criança livrou-se de nova ruptura afetiva. Livrou-se de ser mera cobaia, na discussão sobre o correto procedimento formal de adoção.

Assim, João Pedro permaneceu no lugar que conhece como lar, com as

¹⁰⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.324-RS (2006/0073228-3). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 18 de outubro de 2007, p. 4.

¹⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁷ *Ibid.*, loc. cit.

peças que reconhece como sua família. Hoje, João Pedro, perto de completar dois anos de idade, conviveu quase que a totalidade da sua vida com a família Ferrari. Ora, à luz da Constituição Federal, João Pedro goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sob proteção integral e prioritária do Estado e da Sociedade. Tem direito de se desenvolver física, mental, moral e socialmente, em condições de liberdade e de dignidade.¹⁰⁸

Ademais, motivou-se a decisão na necessidade de se observar prioritariamente o interesse da criança, que tem direito ao “convívio familiar em um ambiente que lhe proporcione atenção, carinho, afeto, cuidado, alimentação, lazer”¹⁰⁹.

Só assim, terá dignidade e condições de crescer física, mental e socialmente. Não é lícito, justo nem razoável provocar rupturas em seu relacionamento familiar e afetivo. Tanto mais, em sua faixa etária, porque o ser humano forma personalidade nos primeiros três anos de vida. Os vínculos afetivos desenvolvidos nessa fase representam a base sobre a qual a personalidade de João Pedro estará alicerçada.¹¹⁰

Por fim, foi dado provimento ao Recurso Especial, por unanimidade de votos, mantendo João Pedro aos cuidados de Glademir Ferrari e Rosane Sperotto Ferrari, garantindo, assim, a estabilidade da criança no lar adotivo, evitando-se mais uma ruptura que pode lhe causar prejuízo irreparável.

O segundo caso que trago à baila trata-se de Recurso Especial de número 1.172.067-MG, discutido na Terceira Turma do STJ, julgado em 18 de março de 2010, tendo como relator o Ministro Massami Uyeda. O acórdão traz a seguinte ementa:

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

¹⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.324-RS (2006/0073228-3). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 18 de outubro de 2007, p. 7.

¹⁰⁹ Ibid., loc. cit.

¹¹⁰ Ibid., loc. cit.

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.¹¹¹

O recurso foi interposto por L. C. B. e A. C. G. S. B. No caso dos autos, A. C. da C., durante a gestação de L. C. da C., manifestou sua “intenção de entregar a filha para a adoção, e, por um liame entre pessoas comuns às partes, direcionou tal manifestação ao casal, ora recorrentes”¹¹².

Após o nascimento, os requerentes e a genitora da menor compareceram em Juízo e assinaram Termo de Declaração, no qual há expressa manifestação de vontade da segunda em consentir a adoção de sua filha pelos primeiros. Ressalte-se que não houve coação ou benefício pessoal. Dessa forma, foi autorizada pelo Juízo a permanência da criança sob a guarda dos requerentes, em 28 de dezembro de 2007, pelo prazo de 30 dias.

Contudo, em 25 de janeiro de 2008, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas/MG determinou a imediata busca e apreensão da menor, fundamentando sua decisão no art. 50 do ECA e na

¹¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.172.067-MG (2009/0052962-4). 3ª Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 18 de março de 2010 [sic].

¹¹² Ibid., p. 3.

preferência legal à lista de cadastrados para adotar. Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento com efeito suspensivo, em 26 de janeiro de 2008.

O Juízo *ad quem* fundamentou a concessão do efeito suspensivo “sob o argumento de que o procedimento para adoção não se sobrepõe ao princípio do melhor interesse do menor, determinando a imediata entrega da menor aos recorrentes, com a realização de estudo psicossocial destes”¹¹³. No entanto, foi negado provimento ao agravo pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 29 de julho de 2008, “restabelecendo-se, assim, a decisão que determinou a busca e apreensão da menor”¹¹⁴.

A criança foi apreendida em 1º de agosto de 2008 e entregue à família substituta inscrita na lista de adoção, após estar sob a guarda dos recorrentes por aproximadamente 8 meses ininterruptos. Nesse meio tempo, a criança encontrava-se abrigada em entidade de acolhimento.

Dada esta decisão, os recorrentes entraram com o Recurso Especial em comento, ao qual foi atribuído o efeito suspensivo. Nas razões recursais, os recorrentes aduziram que “a lista de adotantes não pode se sobrepor ao prioritário interesse da criança, que conviveu com os recorrentes durante seus primeiros oito meses de vida”¹¹⁵ e que “o estudo psicossocial demonstrou a capacidade e a aptidão do casal para adotar a menor”¹¹⁶. Asseveraram, ainda, que “a adoção *intuitu personae* não se revela espúria, restando demonstrado nos autos a forma lícita e legítima pela qual se deu a indicação do casal pela mãe biológica”¹¹⁷.

O Recurso Especial foi fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, havendo violação aos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 29, 43, 50, 165, 166 e 201, inciso III, do ECA, aos artigos 165, 458 e 535, do Código de Processo Civil, além de dissenso jurisprudencial.

No voto, o STJ consignou a importância da existência dos cadastros de adotantes previstos no ECA na observância do melhor interesse da criança e do adolescente. Com o cadastro, é possível a avaliação prévia dos interessados em adotar por uma comissão técnica multidisciplinar, o que “minimiza a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou mesmo a adoção por intermédio de influências

¹¹³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.172.067-MG (2009/0052962-4). 3ª Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 18 de março de 2010, p. 4.

¹¹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

escusas, bem como propicia igualdade de condições àqueles que pretendem adotar”¹¹⁸.

Entretanto, o Superior Tribunal também preconizou que a preferência por esse cadastro não é absoluta, podendo a ordem cronológica ser excepcionada, igualmente, pela observância do melhor interesse da criança, princípio “basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor”¹¹⁹. Ainda mais “na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção”, mesmo que “este não se encontre sequer cadastrado no referido registro”¹²⁰.

Assim, além da aferição da imprescindível capacidade e aptidão do casal pretendente à adoção em exercer efetivamente o Poder Familiar, sendo relevante para tanto, indubitavelmente, o parecer psicossocial em conjunto com toda a instrução processual, o que se dará durante o processo de adoção, *in casu*, preponderantemente, deve-se perscrutar o estabelecimento por parte da menor de vínculo afetivo com os ora recorrentes, que, como visto, poderá tornar legítima, indubitavelmente, a adoção *intuitu personae*.¹²¹

Foi rechaçado o fundamento do TJMG no sentido de que “a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada”¹²² da guarda dos recorrentes, “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”¹²³.

Assim, foi dado provimento ao Recurso, por unanimidade de votos, para manter a menor sob a responsabilidade dos recorrentes até o fim do processo de adoção, priorizando, dessa forma, o direito da criança de ser adotada pelo casal com que tenha estabelecido laços de afetividade.

A terceira decisão do STJ formou-se através do Recurso Especial nº 1.423.640-CE, discutido na Terceira Turma, julgado em 04 de novembro de 2014, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze. O acórdão traz entendimento simétrico aos dois casos estudados anteriormente, sendo suficiente, por hora, vislumbrarmos apenas o conteúdo ementado:

¹¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.172.067-MG (2009/0052962-4). 3ª Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 18 de março de 2010, p. 8.

¹¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹²⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹²¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹²² *Ibid.*, p. 10.

¹²³ *Ibid.*, loc. cit.

DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. 1. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. QUIESCÊNCIA DEMONSTRADA POR TERMO ASSINADO PELA MÃE BIOLÓGICA CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 2. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. São nobres os propósitos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente diante dos noticiados casos de venda e tráfico de crianças. De fato, o consentimento dos pais biológicos do adotando encerra segurança jurídica ao procedimento legal de adoção. Sucede, entretanto, que o desate de controvérsias como a presente reclama a definição, diante do quadro fático apresentado, de qual solução atenderá o **melhor interesse da criança, real destinatária das leis e da atuação do Poder Judiciário.**

2. Na espécie, o conteúdo da **declaração prestada pela mãe biológica da adotanda**, apesar de não autenticada ou ratificada em audiência, **elucida o consentimento e a intenção de entregar a infante aos cuidados dos recorridos.** Os depoimentos das testemunhas, igualmente, esclarecem que **a genitora da menor não possuía condições para criá-la. O relatório social atesta a regularidade da situação de fato, bem como o carinho e amor dispensados pelos adotantes à criança.** Além disso, a mãe biológica da infante foi pessoalmente citada e deixou de comparecer em juízo ou de questionar o termo de anuência por ela assinado. Assim, **sobejamente demonstrado o vínculo afetivo criado entre a criança e os recorridos, sendo todas as circunstâncias favoráveis à manutenção da menor na companhia da família que a acolheu, a interpretação literal da norma violaria, acima de tudo, a doutrina da proteção integral e, como tal, encontrar-se-ia na contramão da melhor dogmática processual.** Precedentes.

3. Com efeito, **no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer.** Diante dessas considerações, declarar a nulidade do processo de adoção, notadamente diante dos elementos de prova coletados durante a instrução do feito – termo de anuência apresentado pela mãe biológica, depoimentos das testemunhas, relatório social e **situação de fato estabelecida há aproximadamente 13 (treze) anos** –, postergando sem justificativa a regularização da situação da infante, não condiz com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Recurso especial a que se nega provimento.¹²⁴

Da ementa extraímos, portanto, que os julgadores levaram em consideração em sua decisão a importância do vínculo afetivo entre adotantes e adotada e a necessidade de se preservar a circunstância de fato firmada no tempo. Ou seja, a menor já se encontrava sob os cuidados dos recorridos há tanto tempo que resta cristalino o entendimento de que a sua manutenção nesta família atenderia ao seu melhor interesse.

Para finalizarmos este capítulo, cumpre trazer um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, ementado a seguir:

¹²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.423.640-CE (2013/0236863-6). 3ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 04 de novembro de 2014. (Grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - 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 DAS MENORES COM O CASAL DE AGRAVADO - PERMANÊNCIA DAS CRIANÇAS COM O CASAL POR MAIS DE UM ANO - LISTA CRONOLÓGICA DE ADOÇÃO NÃO OBSERVADA - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO CONHECIDO E NÃO 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. 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.¹²⁵

Como se vê, o entendimento do Tribunal local também é no sentido de relativizar a lista cronológica para alcançar princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que, no mais das vezes, se concretiza quando se tem formado o vínculo de afetividade entre o menor e os pretensos adotantes.

A sapiência das decisões elencadas pode ratificar todo o âmago deste trabalho. A adoção *intuitu personae*, mesmo não sendo prevista na legislação brasileira, é autorizada pela Jurisprudência quando atendidos os princípios da afetividade, isto é, do vínculo criado entre as partes há verdadeiros sentimentos de amor, afeto e cuidado, e do melhor interesse da criança e do adolescente, que se sobrepõe a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado e se materializa na manutenção desse vínculo, ainda que os adotantes não estejam cadastrados.

¹²⁵ PARANÁ, Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 723670-4. Paranaguá. Relator: Antonio Loyola Vieira. Unânime. Julgado em 07 de março de 2012.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível vislumbrar que o instituto da adoção passou por diversas modificações ao longo do tempo, culminando, inclusive, no surgimento da modalidade *intuitu personae*, que relativiza o cadastro nacional de adotantes previsto na lei como procedimento intrínseco ao processo de adoção.

O sacramento da lista de preferência que se materializa com o cadastro de pessoas interessadas em adotar é, por muitas vezes, o único argumento contra esta espécie de adoção. Isso ocorre porque as pessoas submetidas ao cadastro passaram por procedimentos que avaliaram e atestaram sua aptidão para ser candidato a adotar, o que na prática não aconteceu com os pretensos adotantes escolhidos pela família da criança.

Em outras palavras, o principal argumento da doutrina contrária à adoção *intuitu personae* é o fato de que ela estimularia o descumprimento da lei, pois o modo como ela se procede no Brasil é contrário ao que é expressamente previsto na legislação.

Há, ainda, entendimento de parte da doutrina de que a mãe que se desfaz de seu filho para entregá-lo à adoção tem juízo duvidoso e sua capacidade de discernimento é vista com desconfiança. Em contrapartida, para outros doutrinadores, a adoção nada mais é que um grande gesto de amor e cuidado para com a criança, que terá melhores chances de crescer feliz e saudável com uma família que tenha maiores condições de lhe proporcionar segurança e estabilidade, tanto afetiva quanto financeira.

Se há previsão legal de que o consentimento dos pais deve ser observado na adoção, a escolha dos adotantes pelos pais biológicos também não deveria ser ignorada. Assim, para os defensores dessa prática, a adoção dirigida não está prevista na legislação brasileira, mas também por esta não é proibida.

No entanto, a admissibilidade da adoção *intuitu personae* está estritamente condicionada à vantagem efetiva ao adotando, o que se apreende dos julgados acostados no item 3.5. Arrancar uma criança do seu novo lar para colocá-la em um abrigo somente para obedecer à lista de preferência quando a criança já constituiu vínculo afetivo com a nova família seria demasiadamente danoso.

Mesmo quando a criança acaba sendo removida dos pretensos adotantes consentidos e inserida, provisoriamente, no decorrer do processo, no âmbito familiar de adotantes cadastrados, vimos que os Tribunais ainda assim decidem favoravelmente aos primeiros, pois já estabeleceram um elo de amor com o infante.

Essa prática pode ser justificada pelo fato de o princípio da supremacia do melhor interesse da criança e do adolescente decorrer do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a Carta Magna possui hierarquia superior ao ECA e à Lei de Adoção, é possível que as regras dessas normas hierarquicamente inferiores possam ser relativizadas para a concretização de uma tutela mais efetiva dos interesses do menor.

Por fim, com os diversos ensinamentos elencados, percebemos que há uma grande onda de estudiosos do Direito de Família empenhados em trazer o ordenamento jurídico cada vez mais próximo da realidade social, tendo como base princípios norteadores como o do melhor interesse da criança e do adolescente e o da afetividade. Nadar contra a corrente destes posicionamentos causaria apenas mais prejuízos àqueles que o Direito busca proteger.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6ª ed. Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf. Acesso em: 01 mai. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. **Adoção *intuitu personae***. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-093607/>. Acesso em 07 mar. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRANDO. Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. *Adoção intuitu personae* e a observância do cadastro de adoção. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. ISSN 2236-

5044, v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em 07 mar. 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

LIMA, Karina Barbosa de; AZEVEDO, Raquel Gutierrez de. **Adoção *intuitu personae* e adoção à brasileira: aspectos legais e consequências práticas**. 2015. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150602-11.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. São Paulo: Ática, 2000.

MARINS, Thiago Montanari. O Princípio da Afetividade no Direito das Famílias. **Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense**. ISSN: 1983-6880, v.2, n.6, 01 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/44>>. Acesso em 07 mar. 2016.

MORENO, Alessandra Zorzetto. Adoção: práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX). **História**, Franca, v. 28, n. 2, p. 449-466, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 abr. 2016.

NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. **Novos vínculos jurídicos nas relações de família**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07022011-153554/>>. Acesso em 07 mar. 2016.

OLIVEIRA, Juliana Mayumi de. **A importância do afeto e do respeito entre os genitores e da guarda compartilhada, evitando-se a alienação parental**. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em: < <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Juliana%20Mayumi.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

PALHEIRO, Renata Di Masi. **Adoção *intuitu personae***. 2011. 67 p. Monografia - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2011/RenataDiMagiPalheiro_Monografia.pdf>. Acesso em 07 mar. 2016.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 723670-4. Paranaguá. Relator: Antonio Loyola Vieira. Unânime. Julgado em 07 de março de 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Flavia Ferreira. Adoção por homossexuais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2669>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

PRADO, Rodrigues Mariana. **O processo de adoção no Brasil**. Monografia – UNITOLEDO. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/521/517>>. Acesso em 07 mar. 2016.

REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. O princípio da afetividade no estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria. ISSN 1981-3694, v.5, n.2, 01 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7052#.Vt3cMo-cHIU>>. Acesso em 07 mar. 2016.

RICARDO, Amanda Pereira. **A importância jurídica e psíquica do afeto nas relações de parentalidade**. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Amanda%20Pereira%20Ricardo.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

ROSA, Carolina Valiati da. **O superior interesse da criança e os melhores interesses da família biológica: a família extensa reinterpretada**. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Carolina%20Valiati.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

_____. **Guia Comentado – Novas regras para a adoção**. 2009. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/adocao_comentado.pdf>. Acesso em 07 mar. 2016.

_____. **Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=adoção>>. Acesso em 19 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.423.640-CE (2013/0236863-6). 3ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 04 de novembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.324-RS (2006/0073228-3). 3ª Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 18 de outubro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.172.067-MG (2009/0052962-4). 3ª Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 18 de março de 2010.