
**ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE EM
DETRIMENTO DA ORDEM CADASTRAL**

Intuitu personae adoption: the principle of affectivity over the registration order

Lyandra Brizolla Lara¹

Regiane Gonçalves Ferrato da Silva²

RESUMO: Este artigo científico possui a finalidade de analisar juridicamente a situação em que os pais biológicos entregam o seu filho a outra pessoa, que passará a exercer a guarda de fato da criança ou do adolescente. Com o advento da Constituição de 1988, durante o processo de adoção, o adotando passou a ser o foco, não tendo como objetivo conseguir uma criança para uma família, mas sim assegurar que as crianças e adolescentes que esperam pela adoção, tenham uma família digna. Para isso, através da metodologia dedutiva do geral para o específico, juntamente com o procedimento de coleta de dados e de análise, com a revisão bibliográfica e análise de conteúdo de argumentos doutrinários e jurisprudenciais, buscou-se os critérios utilizados nos casos em que foi deferida a adoção em favor de pessoas não inscritas no cadastro de adotantes. Explanou-se no presente trabalho a flexibilização do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe a obrigatoriedade de prévio cadastro para que ocorra o processo de adoção, tendo em vista nas situações excepcionais, em que há a presença do vínculo afetivo entre o adotando e os pais adotantes que detém a guarda de fato, possibilitando assegurar a proteção do melhor interesse da criança ou do adolescente, fazendo com que não sofra mais traumas em relação a separação ou perda com a família que já possui convivência e laços afeitos construídos.

Palavras-chave: Adoção *intuitu personae*. Cadastro de adotantes. Guarda de fato. Princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. Vínculos afetivos.

ABSTRACT: This scientific article aims to legally analyze the situation in which biological parents hand over their child to another person, who will then exercise de facto custody of the child or adolescent. With the advent of the 1988 Constitution, during the adoption process, adopting became the focus, not aiming to get a child for a family, but rather to ensure that children and teenagers waiting for adoption have a dignified family. For this, through the deductive methodology from the general to the specific, together with the procedure of data collection and analysis, with the bibliographical review and content analysis of doctrinal and jurisprudential arguments, the criteria used in the cases in which it was the adoption in favor

¹ Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – UniFAAHF, Luís Eduardo Magalhães/Ba.

² Especialista e Professora do curso de direito do Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – UniFAAHF, Luís Eduardo Magalhães/Ba.

of people not registered in the register of adopters was deferred. This paper explains the flexibility of article 50 of the Statute of Children and Adolescents, which imposes the obligation of prior registration for the adoption process to occur, in view of exceptional situations, in which there is the presence of an affective bond between the adoptee and the adopting parents who have de facto custody, making it possible to ensure the protection of the best interest of the child or adolescent, so that they do not suffer any more traumas in relation to separation or loss with the family that already has close relationships and built affection ties.

Keywords: Adoption *intuitu personae*. Registration of adopters. Guard in fact. Principle of the best interest of the child or adolescent. Affective bonds.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SUA NATUREZA JURÍDICA; 1.1 FINALIDADES DA ADOÇÃO; 1.2 MODALIDADES DA ADOÇÃO; 2 O CADASTRO DE ADOTANTES E O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DO PRETENDENTE A ADOÇÃO; 2.1 REQUISITOS PARA EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO; 2.2 O CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO E DE ADOTANDOS E A SISTEMÁTICA IMPOSTA PELO ARTIGO 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 2.3 FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DO ADOTANTE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: UMA PERSPECTIVA PARA A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*; 3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BALIZADOR DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*; 3.1 A *INTUITU PERSONAE*; 3.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DO CADASTRO DE ADOTANTES; 3.3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS FUNDAMENTADAS NA FORMAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO ENTRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E SEUS GUARDIÕES DE FATO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá explanar sobre o instituto da adoção, voltado para a modalidade *intuitu personae*, colocando-se em pauta a possibilidade de retirar a criança ou adolescente nos casos em que estes já possuem um convívio familiar constituído com os pais que detém a guarda de fato, porém, de forma irregular.

A discussão torna-se de extrema importância porque vai na contramão do que é previsto na Lei nº 12.010/2009 durante o processo de adoção, a inscrição anterior do pretendente à adoção, o que quebraria uma ordem cronológica previamente estabelecida, pois há pessoas que estão à espera de serem chamados para adotar uma criança ou adolescente com as características que estipulou ao se habilitar.

A escolha do tema foi decorrente da vivência pela autora de um caso próximo de adoção, que foi enquadrada durante o processo judicial e confirmada em 2º Instância como adoção

intuitu personae, surgindo interesse em pesquisar de forma mais aprofundada sobre tema, pois a autora já vivenciou outros processos de adoção na família também.

A discussão gira em torno da possibilidade ou não de retirar o menor quando os genitores da criança ou do adolescente elegem e entregam a outrem para criar e cuidar, contudo, distante do controle do Poder Judiciário. O emplaque formado é em torno da observância do cadastro de pretendentes à adoção previamente estipulado, porém, chama-se a atenção para o melhor interesse da criança, tendo em vista que este se encontra habituado e familiarizado com a sua família, o que se amolda para a concessão da adoção *intuitu personae*, pois retirá-lo desse ambiente somente para inseri-lo em uma família previamente cadastrada e desconhecida para o menor poderia trazer efeitos maléficis para o seu desenvolvimento.

A decisão para a concessão desta modalidade de adoção deve-se observar necessariamente a existência de laços afetivos já constituídos, levando sempre em consideração o melhor interesse para a criança ou adolescente e não somente das pessoas interessadas na adoção.

Para um melhor entendimento sobre o assunto, a estruturação do trabalho é composta por três capítulos, divididos da maneira abaixo exposta.

O primeiro capítulo é composto pela análise preliminar do instituto, sobre os principais conceitos da adoção, características, natureza jurídica, para qual finalidade se destina e as suas modalidades, bem como quais são os requisitos necessários para a constituição de cada uma.

No segundo capítulo há uma análise mais detalhada sobre o principal e grande enfoque de discussão deste trabalho, a habilitação em cadastro próprio de pretendentes à adoção. Tal explanação parte dos principais requisitos necessários para que ocorra a efetivação do cadastro, que é imposta pelo artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 12.010/2009, que dispõe sobre a ordem em nível estadual e nacional. Além disso, introduz neste capítulo a possibilidade de flexibilização de tais requisitos para garantir o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e do princípio da afetividade a luz da modalidade de adoção *intuitu personae*.

Já no terceiro capítulo, adentra-se no princípio da afetividade, norteador para a concessão da adoção *intuitu personae*. São expostos o seu conceito, a sistemática de como ocorre essa modalidade, bem como a possibilidade de inobservância da ordem cadastral frente a afetividade já existente entre o adotado e o pais adotantes como o principal fundamento da adoção *intuitu personae*, bem como a diferenciação desta para a adoção “a brasileira”, pois as duas não se confundem. Por fim, a apresentação de análises jurisprudenciais fundamentadas na

possibilidade de deferimento quando há a formação do vínculo afetivo entre o menor e os seus guardiões de fato.

Por último, as conclusões pessoais sobre o tema são arrematadas nas considerações finais, inclusas as percepções particulares da autora em relação à afetividade como fundamento a justificar a adoção *intuitu personae*. Enfatiza-se aqui que a pretensão não é a depleção sobre o tema, mas sim evidenciar a necessidade de se discutir sobre um assunto de suma importância social.

O método científico utilizado para a abordagem teórica da pesquisa é dedutivo do geral para o específico. Como procedimento instrumental será aplicada uma pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica. Qualitativa, porque não visa à coleta de dados, mas sim à compreensão de institutos, conceitos e fenômenos. Exploratória, pois objetiva coligir informações e reflexões acerca do tema proposto. E bibliográfica, uma vez que pretende fundar-se na doutrina, em artigos científicos e na jurisprudência.

1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SUA NATUREZA JURÍDICA

A adoção é um instituto do Direito, que na concepção de Caio Mario da Silva Pereira possui o significado no ordenamento brasileiro como sendo um “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outro como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.” (PEREIRA, 2004).

Arnoldo Wald define adoção como uma ficção jurídica que cria o parentesco civil, através de um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente (WALD, 2002).

Orlando Gomes não discorda, e tem posicionamento no sentido de que a “adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta.” (GOMES, 2001).

Por sua vez, a adoção, nas palavras de Silvio Rodrigues, é “o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha” (RODRIGUES, 2002).

Diante de entendimentos semelhantes, é possível notar que todos os conceitos caminham para a definição de que a adoção se trata de uma criação do vínculo jurídico de

filiação que, conforme denominada pela própria lei, se constitui como parentesco civil, criando uma nova relação jurídica baseado na nova relação de filiação. (BORDALLO, 2011).

Neste diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acrescentam:

A adoção confere a alguém o estado de filho, para todos os fins e efeitos. Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no “afeto”, na “ética” e na “dignidade” das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário. (FARIAS, ROSENVALD, 2011) (Grifos no original).

Segundo Maria Berenice Dias, a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade (DIAS, 2011), ou seja, está umbilicalmente ligada ao fator sociológico e não biológico daquele que por algum motivo fisiológico ou simplesmente não deseja conceber, recorre a este tipo de filiação.

Artur Marques da Silva Filho, ao destacar que a adoção é uma realidade decorrente da atuação humana, afirma ainda:

Embora as causas sejam diferentes, não se consegue distinguir os laços que se formam entre filhos criados por aqueles que não os geraram e entre filhos criados pelos pais biológicos. O vínculo parental, embora o consanguíneo decorra da própria natureza biológica, necessita da intervenção normativa para ingressar no direito. (SILVA FILHO, 2011).

No mesmo sentido, Farias e Rosenvald defendem que a adoção é gesto de amor e do mais puro afeto. Rechaçam, com isso, a falsa compreensão do instituto como uma mera alternativa para aqueles que não tiveram filho por meio do mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustração da procriação via método sexual. (FARIAS, ROSENVALD, 2011).

Dessa forma, tem-se que, quando envolve adoção, deve associar-se o caráter espontâneo e afetuoso, construído em cima do amor e compaixão entre o adotante e o adotado. Sobre isso, Maria Berenice Dias sustenta que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem” (DIAS, 2011). Sendo assim, a doutrinadora destaca que “o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas” (DIAS, 2011).

Diante de tantas definições, conclui-se de que não há um conceito único sobre a adoção, sendo este amplo, e, aberto e ao somar as contribuições explanadas, é possível chegar a uma conceituação básica de que é uma ficção jurídica obedecendo os requisitos previstos em lei, de

forma a permitir à pessoa adotante conduzir à condição de filho uma pessoa, geralmente estranha a família do adotante, que independe de relação consanguíneo e ulterior, que resulta em relação de vínculo de filiação interligado ao afeto.

Agora, no que se refere a natureza jurídica da adoção, é possível observar divergência entre os doutrinadores em virtude da função em relação a atribuição empregada na adoção antes e depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesta seara, Galdino Augusto Coelho Bordallo lista cinco correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica da adoção: a primeira entende a adoção como uma “instituição”; a segunda considera a adoção um “ato jurídico”; a terceira explica a adoção como um “ato de natureza híbrida”; a quarta traduz a adoção como um “contrato”; a quinta a conceitua como um “ato complexo” (BORDALLO, 2011).

A respeito da natureza jurídica controvertida da adoção, Carlos Roberto Gonçalves comenta:

No sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor curador. (GONÇALVES, 2010).

Posto isto, a adoção encapsulada no Código Civil de 1916 era de caráter contratual, prevalecendo o direito privado, não havendo qualquer interferência estatal, respeitando sempre a vontade das partes.

Ocorre que a convicção dada pelo Código Civil revogado caiu por terra devido ao fenômeno da constitucionalização do direito civil empregado pela Carta Magna de 1988, alterando a sua natureza jurídica. Na visão de Gonçalves:

A partir da Constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.619 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei n. 12.010, de 3-8-2009. O art. 227, § 5º, da Carta Magna, ao determinar que, “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, demonstra que a matéria refoge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública. (GONÇALVES, 2010).

Nesse senda, nota-se que o sentido contrário empregado pelo código antigo é retrógrado, já que no atual contexto é necessário a chancela do Poder Judiciário, ou seja, é marcante aqui a intervenção do Estado, uma vez que a manifestação da vontade das partes só irá se concretizar

após a sentença judicial. Isto é, conclui-se que a óptica de que a natureza jurídica da adoção é meramente contratual foi abandonada, sendo denominado pela doutrina um ato jurídico complexo que estabelece vínculo de filiação. Vejamos o entendimento de Arthur Marques:

É ato jurídico porque promana inicialmente da vontade autônoma das pessoas envolvidas. No entanto, os seus efeitos jurídicos, com base em uma situação de fato – interesse em adotar e colocação da criança ou do adolescente em família substituta –, se produzem ex lege, “sem desconsideração de uma correspondente de resultado do agente”. Deve ser mencionado que nem sempre as vontades são convergentes, pois os pais do adotando ou seus responsáveis podem oferecer resistência, bem como o Ministério Público. Daí a complexidade do ato, que exige o concurso de várias vontades, visando um fim comum, mediante um processo que culmina com a sentença constitutiva do vínculo paterno-filial. (SILVA FILHO, 2011).

Por último, existe ainda aquela corrente para qual a adoção possui natureza híbrida, a exemplo de Maria Alice Lotufo, que conclui que a adoção apresenta-se como “figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituição, onde a vontade das partes, bem como o exercício dos seus direitos, encontram-se limitados pelos princípios de ordem pública”. (LOTUFO, 1992).

Pelo exposto, é possível extrair das explicações acima que são elementos essenciais para a formulação da natureza jurídica da adoção a vontade, que serve de impulso inicial para o pedido, o consentimento das partes, bem como a sentença judicial.

Em outro aspecto, o Estatuto da Criança e do Adolescente sendo a legislação em que se encontra a previsão do instituto da adoção, salvaguarda com veemência os direitos do adotado, mas também privilegia os interesses dos adotantes.

1.1 FINALIDADES DA ADOÇÃO

Ao analisar o berço histórico da adoção, a finalidade desse instituto não era apenas conceder filhos a quem, por alguma razão, não poderia tê-los, mas também como uma alternativa de dar descendência a um homem e sua família.

A ideia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-lares. Nessa contingência, o pater famílias, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade. (VENOSA, 2014).

Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi possível constatar uma nova roupagem refletida no Código Civil de 2002, agregando um novo sentido para o instituto

da adoção, atentando-se para uma preocupação em relação a busca de uma nova família para a criança ou o adolescente, para que possa construir laços afetivos e se concretizar o direito de conviver em ambiente familiar que garanta o seu desenvolvimento integral previsto no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Farias e Rosenvald confirmam esse pensamento:

Trilhando as sendas abertas pelo constituinte (humanista e garantista), nota-se a adoção como um mecanismo de prestígio da convivência familiar, estabelecendo a relação filiatória por perspectiva afetiva, inserindo alguém em família substituta. Aliás, de todas as formas de inserção em família substituta, a adoção é a mais ampla e completa, propiciando o enquadramento de alguém no seio de um novo núcleo familiar, transformando o adotado em membro da nova família. (FARIAS, ROSENVALD, 2011).

Além disso, o renomado doutrinador Gonçalves (2013, p. 382) enfatiza em sua obra de que o instituto da adoção possui a finalidade filantrópica de caráter humanitário, não apenas objetivando permitir que os casais impossibilitados de terem filhos constituem a sua família, mas também viabilizar para que cada vez mais as crianças e adolescentes venham a integrar em um ambiente familiar.

1.2 MODALIDADES DA ADOÇÃO

Tendo em vista a vasta modificação sociológica ocorrida no conceito de família com o desenvolvimento e mudanças na sociedade e também com a implementação do Código Civil de 2002, o instituto da adoção compreende algumas modalidades, quais sejam: unilateral, bilateral, póstuma e *intuitu personae*.

Os primeiros passos para que a adoção se concretize por parte de quem irá adotar é atentar-se para as proibições previstas no Código Civil e, sendo que se superadas a adoção poderá ocorrer de modo individual por pessoas solteiras, detentoras da capacidade plena, e, maiores de 18 anos, viúvas, divorciadas e separadas judicialmente.

A modalidade de adoção unilateral é equiparada com a constituição da família monoparental, que é formada apenas pelo pai ou pela mãe, não configurando obrigatoriamente por uma pessoa solteira, viúva ou separada. Sobre este assunto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves entende que “se a adoção se efetuar por pessoa solteira ou que não tenha companheiro, constituir-se-á a entidade familiar denominada família monoparental”. (GONÇALVES, 2009).

Já a segunda modalidade, concerne entre os casados e conviventes que decidem adotar. Contudo, é necessário a comprovação de estabilidade do casal, como dizia Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO, 2011) “para a adoção conjunta, nos termos do dispositivo sob comento, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”

Por sua vez, a adoção póstuma, segundo o artigo 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, também conhecida por *post mortem* prevê que a “adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

Por último, a modalidade de adoção *intuitu personae*, objeto do presente trabalho, é aquela em que os genitores da criança ou do adolescente elegem as pessoas que serão os pais adotantes, manifestando expressamente o interesse de que aquele determinado casal adote o seu próprio filho, sendo conceituado pela doutrinadora Maria Berenice Dias (DIAS, 2010) como “quando há desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança.” A peculiaridade desta modalidade é que não há necessidade de qualquer inscrição prévia na ordem cadastral de pretendentes à adoção, bastando que seja apenas realizado um acordo entre os interessados.

A rigor, é de se ressaltar que a Lei nº 12.010/09 alterou o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incrementando o § 13º, que trata da excepcionalidade do não cadastro prévio na lista de adotantes em apenas três situações, vejamos:

Art. 50 - A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

[...]

§13º - Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Por fim, ao observar a legislação sobre a inclusão da modalidade de adoção *intuitu personae*, tem-se por compreensão que a preocupação maior para que ocorra a adoção nesta modalidade é o vínculo afetivo já existente entre a criança ou adolescente e os pais adotantes.

2 O CADASTRO DE ADOTANTES E O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DO PRETENDENTE A ADOÇÃO

2.1 REQUISITOS PARA EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca um rol de requisitos para a efetivação da adoção. Gonçalves também menciona quais as principais condições exigidas pela lei, que são:

a) a idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar com mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43). (GONÇALVES, 2010).

Somando a isso, Bordallo elenca os seguintes requisitos para a adoção: “idade mínima que deve ter o adotante, estabilidade na família, diferença de 16 anos entre adotante e adotado, consentimento dos pais biológicos, concordância do adotando e reais vantagens para o adotando”. (BORDALLO, 2011).

O artigo 42, caput, e seu § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige que o adotante tenha uma idade mínima para adotar e, se for casado ou viver em união estável, que sua família tenha estabilidade. Conforme Bordallo, “para que se afira a estabilidade de uma relação familiar, necessária avaliação individualizada”. (BORDALLO, 2011).

A regra coloca como idade mínima para adoção a maioria civil, independente do estado civil. Além do limite etário, a legislação impõe uma diferença de idade de, pelo menos, dezesseis anos entre o adotante e o adotado. Para Gonçalves, a explicação está no fato de que a adoção imita a natureza, sendo imprescindível que o adotante seja mais velho a fim de que desempenhe eficientemente o poder familiar. (GONÇALVES, 2010).

Se os adotantes forem um casal, bastará que um dos cônjuges, ou conviventes, seja dezesseis anos mais velho que o adotando. (DINIZ, 2010). Maria Berenice especifica ainda que “a regra admite flexibilização, principalmente quando o pedido de adoção é antecedido de

período de convívio por lapso de tempo que permitiu a constituição da filiação afetiva”. (DIAS, 2011).

No tocante ao estado civil, aos divorciados ou separados judicialmente, a lei faz três observações: a primeira é a de que tenham acordado quanto à guarda e regime de visitas; a segunda é a de que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do matrimônio, conforme artigo 42, § 4º, do ECA; e a terceira é a de que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda.

Ato contínuo, nestes casos, também há necessidade de consentimento dos pais ou representante legal de quem se quer adotar. Contudo, o § 1º do artigo 45 prevê que a anuência será dispensada se os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Seguindo este entendimento, o doutrinador Granato acrescenta que se os genitores não concordam com a adoção, mas, ao mesmo tempo, não cumprem com o seu dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, estarão passíveis de ter o poder familiar cassado mediante procedimento contraditório e, assim, o seu consentimento será dispensado. (GRANATO, 2010).

A doutrinadora Maria Berenice também opina acerca da relativização da necessidade de consentimento nos casos de filiação afetiva ou de recusa injustificada dos genitores em consentir com a adoção, principalmente quando há o vínculo de filiação afetiva com os pais adotantes:

Descabida a indispensabilidade da expressa manifestação dos pais registraes para a adoção, quando já existe o vínculo de filiação afetiva. Estando o adotando convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores. De qualquer modo, a eventual recusa de qualquer dos genitores precisa ser justificada. Cabe figurar o exemplo de o genitor não viver com o filho, que cria forte vínculo com o padrasto. Assim, é desarrazoado impedir a adoção pela falta de concordância do genitor, até porque sua postura enseja, inclusive, a perda do poder familiar (CC 1.638 II). (DIAS, 2011). (Grifo nosso)

Ademais, o adotando for maior de doze anos de idade, exige-se a sua concordância quanto à adoção. Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Léporé destacam que mesmo a criança, quando possível, deve ser ouvida, ainda que sua opinião não seja determinante, tendo em vista a sua titularidade de sujeito de direito, que é decorrência do princípio da proteção integral.

Isto posto, entende-se que de qualquer forma, a necessidade de intervenção judicial, perante ao juiz, e com a participação do Ministério Público em processo judicial é de suma importância, já que a adoção somente se aperfeiçoa com a obediência deste procedimento.

Nesse ponto, é possível observar que o foco durante o processo de adoção deve ser voltado ao melhor interesse do adotado, objetivando imitar a relação ideal entre pais e filhos biológicos e convivência em ambiente familiar adequado.

Outrossim, o artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a necessidade do estágio de convivência, que terá um prazo fixado pelo juiz e correspondente as peculiaridades de cada caso. Este período tem o fito de acompanhar a adaptação entre o adotante e o adotado, vice-versa, para que seja observada a compatibilidade da relação com a adoção, bem como deverá ser acompanhado por uma equipe interprofissional do juízo, conforme encapsulado no artigo 46, §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, o mesmo elenca o Estatuto, em seu artigo 46, §1º uma possibilidade de dispensa do estágio de convivência, que é nos casos em que o adotando possui a tutela ou guarda legal do adotante durante um lapso temporal suficiente para avaliar a convivência para a constituição do vínculo. Além disso, importante ressaltar que nos casos em que houver a guarda de fato, este não autoriza por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência, conforme a dicção do mesmo artigo, em seu § 2º.

Noutro giro, o artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente também dispõe da proibição da adoção por parentes próximos, quais sejam as ascendentes e irmãos do adotado, pois é um impedimento total. A justificativa é que a adoção rompe definitivamente com vínculos naturais de filiação, e neste caso, acarretaria inconveniências e confusão de parentesco, como exemplo, um avô que adotaria o seu neto, este passará a ser irmão de seu pai. Além disso, a confusão de parentesco incorre também no direito sucessório, caso não houvesse tal proibição. (VERONESE, 2011).

Por fim, o último requisito é o cadastramento prévio. Nesse ponto, tem-se que ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente tenha previsão a obrigatoriedade de duas inscrições cadastrais, sendo uma para os interessados na adoção e outra para os adotáveis em cada comarca ou foro regional, é possível observar que a Lei nº 12.010/2009 alterou esse dispositivo excepcionalmente, apenas nos casos previstos no artigo 50, §13 do Estatuto, no qual será tratado no capítulo seguinte.

O cadastro prévio possui uma finalidade precípua, unindo as pessoas interessadas em adotar com crianças e adolescentes à espera da adoção e que, caso não houvesse o cadastro, este encontro não ocorreria. Isto é, a reunião dessas informações forma uma rede nacional de dados entre os Estados com o objetivo de potencializar o número de adoções. (GRANATO, 2010).

2.2 O CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO E DE ADOTANDOS E A SISTEMÁTICA IMPOSTA PELO ARTIGO 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Inicialmente, o artigo 50, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que “A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção”.

Nesse sentido, o Juizado da Infância e da Juventude é competente para formalizar e gerenciar o cadastro, que deverá constar os endereços e indicações de crianças e adolescentes e em qual jurisdição se encontram aptas a adoção, com o fito de facilitar o acesso às famílias substitutas, privilegiando-se os interesses dos adotandos em consonância com a seletividade das pretensões dos adotantes. (TAVARES, 2006).

Além das listagens locais, a Lei nº 12.010/2009 também disciplina acerca da criação de cadastros estaduais e de um cadastro nacional, consoante o § 5º do artigo 50. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 54, de 29 de abril de 2008, dispôs sobre a implementação e o funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção de Crianças e Adolescentes.

Além disso, existe ainda a previsão de cadastros de candidatos estrangeiros que residem no Brasil, com o mesmo procedimento que ocorre com os brasileiros, conforme o § 6º do artigo 50. No entanto, este cadastro somente será consultado quando forem esgotadas todas as formas de colocação da criança ou do adolescente em família substituta brasileira, conforme dicção do artigo 50, § 10 do Estatuto.

Diante disso, com o fito de consolidar dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça referentes ao acolhimento institucional e familiar, à adoção, incluindo as *intuitu personae*, e as outras modalidades de colocação em família substituta, bem como sobre pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção, foi implantado pela Resolução do CNJ nº 289 de 14/08/2019, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA. Além disso, nos casos de adoção internacional caberá a CEJAI/MS (Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional de MS) incluir, manter e atualizar as informações dos pretendentes à adoção internacional (artigo 641, do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça/2020).

Dessa forma, o cadastro tem como objeto a celeridade na colocação de crianças e adolescentes em família substituta no processo de adoção, visto que possui abrangência diversificada de informações, seja de comarcas, foro regional, estaduais ou nacional. Além

disso, o mapeamento dessas informações também possibilita aprimorar a atuação da equipe interprofissional na coleta dos dados para análise de compatibilidade das partes e o preenchimento dos requisitos legais para a adoção. (BORDALLO, 2010). Assim, Maria Berenice afirma:

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção. Isso porque, se, primeiro fosse necessário esperar a destituição do poder familiar para inserir a criança no rol dos adotáveis e, depois, se partisse em busca de alguém que a quisesse, para só então proceder a habilitação do candidato à adoção, muito tempo se passaria, deixando-se de atender o melhor interesse da criança. (DIAS, 2007).

Os pretendentes à adoção, após a triagem e preenchidos os requisitos acima citados, deverá se apresentar junto a Vara da Infância e Juventude de sua localidade com os seguintes documentos: CPF, certidão de casamento ou nascimento, comprovante de residência, comprovante de renda, declaração médica de sanidade física e mental e certidão cível e criminal.

Posterior a essa fase, será necessário que o interessado realize um curso psicossocial, com duração de dois meses, com o intuito de averiguar o ambiente familiar, se o pretendente possui condições sociais, psicológica e financeira para receber uma criança. Além disso, é feito um questionário por meio de entrevista para verificar o perfil de criança que o candidato espera, mas sempre observando a sua aptidão emocional. Essa fase é de suma importância, pois visa garantir a proteção da integralidade do menor e impedir violência, maus tratos e negligência em virtude da sua vulnerabilidade.

Após o recolhimento dessas informações e documentos, o Ministério Público será intimado para se manifestar a favor ou contra a habilitação do pretense adotante perante o cadastro. Ato contínuo, será encaminhado para o Juízo da Vara da Infância e Juventude, que irá indeferir ou deferir, sendo o caso esse último, será incluído no cadastro de sua localidade e nacionalmente.

O adotante, devidamente habilitado no cadastrado, será informado no momento em que surgir uma criança ou adolescente com as características pretendidas, respeitando a ordem cronológica de habilitação. Caso seja confirmado o interesse no prosseguimento da adoção, haverá o início do estágio de convivência, em que o adotante poderá realizar visitas no abrigo ou fazer passeios com a criança ou adolescente, possibilitando um contato inicial entre eles. No tocante a fixação do tempo de duração, ficará a critério do juiz a depender do caso, mas sempre

observando o tempo suficiente para que o menor possa se adaptar da melhor forma e vice-versa. (VERONESE, 2011).

Estando satisfatório o período de convivência, o interessado deverá ingressar com ação judicial com o intuito de regularizar a adoção. Após a propositura, o juiz irá conceder a guarda provisória da criança ou adolescente, que poderá morar com a família pretendente e durante esse tempo, uma equipe interprofissional irá permanecer avaliando a família.

Para a concessão da adoção definitiva, o magistrado que levar em consideração o relatório referente ao estágio de convivência e ouvirá as partes interessadas, com o intuito de assegurar o melhor interesse do menor. Sendo positiva a análise de todos os documentos necessários, o juiz proferirá sentença constituindo o vínculo de adoção, sendo possível então adicionar os nomes dos adotantes e seus ascendentes no registro civil do adotado. (COELHO, 2012).

2.3 FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DO ADOTANTE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: UMA PERSPECTIVA PARA A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Indubitavelmente, quando o assunto se trata de adoção, toda cautela é necessária, pois envolve o rumo em que a vida da criança ou adolescente irá seguir. Dessa forma, em primeiro lugar, sempre deverá ser levado em consideração no caso concreto a decisão que garanta o melhor interesse do adotado.

Por se tratar de pessoas em desenvolvimento, o Estado deverá garantir a sua proteção e averiguar se todos os seus direitos estão sendo assegurados. O Estatuto da Criança e do Adolescente segue esta linha de raciocínio, conforme preceitua o artigo 39:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.
§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.
§ 2º É vedada a adoção por procuração.
§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

Observando a celeridade no processo de adoção, o cadastro seria o meio mais eficiente para salvaguardar o melhor interesse do adotando, visto que possibilita a organização e atualização dos critérios objetivos e subjetivos dos indivíduos dispostos a adotar e que estão

aptos para conceber a filiação socioafetiva. Galdino Bordallo destaca que o uso do cadastro é muito útil, pois torna mais fácil a apuração dos requisitos legais em relação à compatibilidade entre adotante e adotado, tornando mais ágil e eficiente os processos que envolvem adoção. (BORDALLO, 2010).

Além disso, tendo em vista que uma de suas características é a formalidade e transparência, o cadastro traz maior segurança, evitando assim, que o processo de adoção seja praticado de forma clandestina e ilícita.

No entanto, observando que o cadastro de pretendentes a adoção possui pontos positivos, há situações no caso concreto em que a observância deste não seria imprescindível para a efetivação da adoção. As situações em comento consiste quando a criança ou adolescente já possui afetividade com a pessoa que, apesar de não cadastrada, lhe proporciona um ambiente familiar adequado, o que se é esperado no processo de adoção.

Não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 50, § 13º estabeleça apenas duas exceções em que não há necessidade de observância do cadastrado, a saber, quando a pessoa com quem o menor se encontra seja parente ou detenha a tutela ou sua guarda legal, é certo circunstâncias que existem outras que também devem ser levadas em consideração, que é quando o menor é acolhido e estabeleça laços afetivos com a família que a amparou sem possuir a guarda legal regulamentada ou qualquer relação de parentesco anterior ao acolhimento

Sendo assim, retirar a criança ou adolescente do ambiente em que convive, muitos dos casos, desde que nasceu, ou constituiu fortes laços de afetividade em um ambiente familiar adequado é completamente contrário ao princípio do melhor interesse do menor.

Com isso, o princípio do melhor interesse do menor e o princípio da afetividade estão umbilicalmente ligados durante o processo de adoção, em razão do vínculo afetivo estabelecido entre a família adotante e o menor, o que resulta em uma relação familiar adequada para o desenvolvimento da criança ou adolescente.

Em outras palavras, não é absoluta a observância do cadastro de adotantes no processo de adoção, em virtude da primazia do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, que é basilar e norteador durante o procedimento, principalmente nos casos em que existir vínculo afetivo entre o menor e o pretendente, ainda que este último sequer tenha sido inserido na ordem cadastral, pois é desaconselhável que se faça a remoção do menor da família o qual já se encontra familiarizado. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Ainda que haja a determinação de que sejam elaboradas as listas, deve-se atentar ao direito da criança de ser adotada por quem lhe dedica carinho diferenciado, em vez de priorizar os adultos só pelo fato de estarem incluídos no registro de adoção. Não sendo a pretensão contrária ao interesse da criança, injustificável negar a adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados. (DIAS, 2009).

Com efeito, o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que "na interpretação desta lei levar-se-á em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Portanto, sendo a adoção um ato de compaixão que visa salvaguardar os direitos do adotando e observar o princípio do melhor interesse do menor durante todo processo, conforme legislação vigente, o acolhimento *intuitu personae* pressupõe a existência de tais requisitos, possibilitando a regularização da adoção ao naquele caso em que o menor é entregue pelos pais biológicos a terceiros, tendo como escopo uma relação de confiança, em que a criança irá receber todo o apoio necessário para o seu desenvolvimento equilibrado, conforme será explanado detalhadamente no próximo capítulo.

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BALIZADOR DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

3.1 ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A modalidade de adoção *intuitu personae* tem como uma das principais características a relativização do cadastro de adoção, tendo em vista que a família biológica escolhe a família adotante com quem irá deixar o seu filho ou o pretendente a adoção manifesta o interesse em adotar o menor.

Maria Berenice Dias define que “a adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida é quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a intenção em adotar criança certa” (DIAS, 2015). Como aponta a doutrinadora, as circunstâncias em que ocorre tal adoção são diversas.

Esse tipo de adoção é muito comum no Brasil, pois trata-se quando pais biológicos, por algum motivo não possuem condições financeiras, já possuem muitos filhos ou não poderiam se dedicar tempo suficiente para criar a criança, acabam resguardando o menor para aqueles

que possuem o desejo de adotar, fazendo com que o adotando tenha uma família digna e crie laços afetivos.

Quando a família resguarda e elege alguém, baseada na confiança, para abrir mão do seu próprio filho, a mãe biológica adquire segurança emocional, razão pela qual ela visa a melhor das intenções, para que o menor tenha um caminho próspero e saudável, algo que caso aquela criança ficasse com os pais biológicos não teria. Assim, levando em conta as circunstâncias que cercam essa modalidade de adoção, resta evidente que é favorável a criança ou adolescente, visto que a intenção é visando a sua proteção integral.

Maria Berenice Dias concede justificativa favorável quanto à possibilidade da adoção *intuitu personae*:

E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida ou uma retidão de caráter, que a mãe considera serem os pais ideais para seu filho. (DIAS, 2015).

Além da doutrina, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, em seu enunciado nº 13, já estabeleceu o seu posicionamento acerca dessa modalidade de adoção, em que “na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.”

3.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DO CADASTRO DE ADOTANTES

Inicialmente, o princípio da afetividade, assim como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é fundamental e basilar para a constituição da adoção *intuitu personae*, pois se encontra entrelaçada com a relação afetiva já existente entre a família adotante e o adotando.

Nesse sentido, é importante frisar que a adoção “a brasileira” se diferencia da adoção *intuitu personae*, visto que a primeira trata-se de quando a pessoa realiza o registro de nascimento da criança como se fosse seu filho biológico, ou seja, consiste em um registro falso quanto aos genitores do menor, o que é caracterizado como uma prática ilícita pela legislação brasileira, tipificada em lei como crime, previsto no artigo 242 do Código Penal. Já a adoção *intuitu personae* é quando os pais biológicos escolhem previamente e entregam o seu próprio

filho para outrem, sem a chancela do Poder Judiciário, para que exerçam a guarda de fato da criança ou adolescente, não havendo registro de nascimento pelos pais escolhidos.

Após o menor ser entregue, ao longo da convivência, passará a vigorar laços de afetividade entre o adotado e a família adotante. Com isso, mesmo em que os pais não estejam cadastrados como pretendentes a adoção, desconsiderando a ordem cronológica já existente e apenas haver a guarda de fato, nasce o desejo de regularizar a situação e adotarem legalmente a criança ou adolescente. Diante de tal problemática, o doutrinador Bordallo diz:

Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são os detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem-estar de seu rebento. Temos que deixar de encarar os pais que optam por entregar seu filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois, se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo amor e carinho por seu filho, buscando aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar esta escolha. (BORDALLO, 2011).

Corroborando para essa tese, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu inciso III, § 13º do artigo 50 deixa claro que: [...] “o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações [...]”. Isto é, a legislação não regula de forma expressa a adoção *intuitu personae*, porém, não traz impedimento sobre.

Contudo, há doutrinadores que criticam tal modalidade, visto que o simples fato dos pais biológicos entregarem o menor à família adotante poderia incentivar o tráfico ou intermediação para um comércio dos menores, que é altamente lucrativo, mas combatido veementemente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo Bordallo:

Por certo que a troca de uma criança por dinheiro ou algum outro benefício é fato que causa grande repulsa e também somos contrários a ela, mas é certo que nem sempre isto irá ocorrer. Não se deve ter a ideia de má-fé envolvendo todos os atos que são praticados envolvendo a entrega de uma criança, sendo este um preconceito dos profissionais do direito. Existindo alguma suspeita que tal situação possa ter ocorrido, deverá ser investigada no transcorrer do processo de adoção, sendo tomadas as medidas legais cabíveis, caso seja ele comprovado. (BORDALLO, 2011).

Sendo assim, outro ponto importante que deve ser ressaltado neste tipo de modalidade de adoção é no momento da entrega do menor, em que somente ficará configurada a adoção *intuitu personae* quando não houver qualquer espécie de compensação, caso contrário, incorrerá em crime de efetivar a entrega de filho mediante paga ou recompensa, tipificado no artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, sendo a vontade da família adotante em regularizar a adoção, nos tramites da legislação, estes serão submetidos a avaliação dos assistentes sociais, acompanhamento psicológico, visitas em sua residência para que o Juízo da Infância e Juventude confirme que os pretensos adotantes, até então possuidores somente da guarda de fato, alcancem o deferimento da adoção.

Outro obstáculo que poderá ser encontrado quando tratamos da adoção *intuitu personae* e conforme já explanado neste trabalho, é a não observância do cadastro de pretendentes. Isso já que embora sejam requisitos iniciais para a concretização da adoção, cuja ordem cronológica é um meio facilitador para encontrar e unir aqueles interessados em adotar e os que estão aptos a serem adotados, mas não deve ser levado em consideração no caso concreto de forma absoluta, uma vez que há casos em que a observância da ordem cadastral poderá prejudicar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto, apesar das objeções sobre o tema e os benefícios do reconhecimento da adoção *intuitu personae*, é possível observar que o princípio da afetividade circunda em praticamente todos os casos que cumprem as características dessa modalidade de adoção. Ou seja, por mais que o processo de adoção não se iniciou nos ditames da lei, tais requisitos estipulados por ela, muitas vezes, poderão ser relativizados. Ora, uma criança, que se encontra desde o nascimento, por exemplo, com a família adotante, totalmente familiarizada e constituída por laços afetivos, será destituído dela e inserido em uma outra família que nunca conviveu apenas para cumprir um mero dispositivo legal? Jamais estaria salvaguardando o melhor interesse do menor, uma vez que geraria mais um trauma na vida do adotado.

3.3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS FUNDAMENTADAS NA FORMAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO ENTRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E SEUS GUARDIÕES DE FATO

Com o intuito de finalizar a sequência de entendimentos doutrinários sobre o tema, soma-se também os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores no tocante a adoção *intuitu personae* e o vínculo afetivo já estabelecido entre o adotante e o adotado.

Como citado nos capítulos anteriores, a adoção *intuitu personae* foge da regra estabelecida, que é a observância do cadastro de adotantes, visto que há na relação um vínculo afetivo constituído, o que assegura o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado nesse sentido. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - **A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;** II - E incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, **pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;** V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. **Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se,** no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1172067 MG 2009/0052962-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 18/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2010). (Grifo nosso).

É possível verificar que, demonstrado o vínculo afetivo e familiar existente entre a criança ou adolescente e os pais adotantes, a jurisprudência da Corte Superior firmou o entendimento de que, excepcionalmente, pode haver mitigação à observância do prévio cadastro de adotantes, visto que quando se trata de adoção, o princípio do melhor interesse da criança deve ser colocado em predominância, com o objetivo de que seus direitos sejam salvaguardados, principalmente o de receber afeto que o convívio familiar vem lhe proporcionado. No tocante a não supremacia de se observar a fila de pretendentes, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu da mesma forma. Vejamos:

[...] Contudo, **nos termos da jurisprudência do STJ, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019). (HC nº 468.691/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019). (Grifo nosso).

Portanto, é possível constatar em julgamento no ano de 2019, proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão da Quarta Turma a repetição da fundamentação utilizada pelo Ministro Massami Uyeda da Terceira Turma no ano de 2009, ou seja, após 10 anos mantem-se o mesmo entendimento firmado na Corte.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia também repetiu a mesma fundamentação no ano de 2014, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO PLENA. COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ARREPENDIMENTO DA MÃE BIOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DECISÃO QUE MELHOR RESGUARDA A PROTEÇÃO E OS INTERESSES DA MENOR. I- As provas coligadas aos autos comprovam à conformação do caso sub examine à hipótese do art. 1637, do Código Civil, ou seja, da perda do poder familiar. II - Com efeito, os genitores deixaram de prestar a devida assistência material, educacional, à sua filha, omitindo-se dos deveres inerentes ao poder familiar, conduta que enseja a sua suspensão. Evidenciado que a criança – que desde o nascimento foi entregue pela mãe biológica para adoção – PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Quarta Câmara Cível permanece com os adotantes por período de tempo suficiente para reconhecê-los como seus pais, ou seja, desde o seu nascimento até hoje com 6 (seis) anos de idade, necessário se mostra deferir a adoção, ainda que a genitora tenha se arrependido posteriormente. III - No caso, a concretização do princípio do melhor interesse da criança consiste na sua permanência com aqueles que desde o primeiro mês de vida proporcionam-lhe um ambiente familiar seguro, com carinho, atenção e respeito. IV- Aplica-se o Princípio do Interesse Superior da Criança, prevalecendo o interesse da menor, devendo ser colocada no ambiente em que melhor assegure o seu bem estar, físico e/ou moral. RECURSO IMPROVIDO. [...] A sentença recorrida, fls. 95/111-v, **concluiu que a genitora entregou voluntariamente sua filha recém-nascida para o casal**, ora apelado, e que depois se arrependeu, contudo, tal fato não impede o deferimento da adoção. Procedeu o Juiz sentenciante, à fundamentação da sua decisão, passando à destituição do poder familiar dos genitores, em razão do abandono físico e psicológico, julgando procedente a adoção. [...] **Ressalte-se que a presente adoção foi iniciada de forma informal e extrajudicial, com a entrega voluntária pela mãe biológica ao casal adotivo, e tem em mente que as regras e procedimentos previstos para a adoção, desde a habilitação das pessoas interessadas até o registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, têm uma razão de existir e não podem ser letras mortas, pois seu objetivo é preservar o melhor interesse da criança. Entretanto, em situações excepcionais, onde se tem uma guarda de fato com vínculo já consolidado, admite-se a adoção intuito personae, como forma de melhor preservar os interesses e direitos da criança. Salvo melhor juízo, no caso concreto, são os interesses e direitos da menor que devem prevalecer.** (TJ-BA - APL: 00029951420118050154, Relator:

Indubitavelmente, as decisões em instâncias superiores utilizam de forma clara o entendimento ora exposto nos capítulos anteriores. A previsão estipulada em lei deve ser respeitada, porém, existem situações excepcionais, quando comprovado a existência do vínculo afetivo entre o menor e os pais que detém a guarda de fato devem ser levados em consideração no caso concreto e não apenas a retirada da criança para inserir em família previamente cadastrada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos expostos, a existência do cadastro é obrigatória e por força de lei precisa ser respeitado. O trâmite que deve ser seguido, em regra, é que quando houver uma criança ou adolescente apta para ser adotada, os candidatos previamente cadastrados deverão ser chamados, não cabe assim, entregar o menor para qualquer outra pessoa pelo simples fato deste possuir o interesse em acolhê-la. Em situações em que criança é deixada com terceiros pelos pais genitores ou após ser abandonada, e é encontrada por alguém, tal fato deverá ser comunicado ao Juízo da Vara da Infância e Juventude da localidade, devendo ser o menor recolhido e levado para um abrigo, e posteriormente inserida no cadastro de adotandos. Neste caso, o terceiro que por algum motivo intermediou o fato não poderá adotá-la, pois é necessário a observância do cadastro prévio.

Cumprido ressaltar que tal mecanismo não é uma lei morta e possui uma importante finalidade dentro do processo de adoção, tendo em vista que este proporciona a troca de informações com celeridade, possibilitando a formação de uma rede nacional de dados constantes em cada Estado brasileiro.

Contudo, tal obrigatoriedade de observância prévia ao cadastro de interessados não deve ser levado de forma absoluta, principalmente quando falamos da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança, norteador durante o processo de adoção. Isso se dará no momento em que os guardiões de fato ajuizarem a regularização da adoção já mantiverem um vínculo afetivo constituído com o menor, ou seja, a relação familiar já construída irá prevalecer perante a um requisito legal, a fim de evitar efeitos maléficis da retirada da criança para a sua colocação em família substituta, se enquadrando nestes casos na modalidade de adoção *intuitu personae*.

O entendimento analisado neste trabalho persegue de forma majoritária perante a doutrina, bem como a fundamentação utilizada para embasar decisões judiciais em instâncias diferentes, o que leva a concluir de que pensamento contrário a este não estará sendo levado em consideração o melhor interesse da criança ou adolescente.

Somando-se a isso, aqueles que possuem entendimento firmado em relação a possibilidade de retirar o menor da família que a cuida com toda cautela e amor pelo simples fato de não estarem anteriormente cadastrados, estará cometendo violência contra essa criança ou adolescente, pois apesar de carregar o trauma de ter sido entregue por seus próprios genitores a outrem por algum motivo, agora são retiradas a força de sua família acolhedora somente para cumprir um requisito legal não absoluto.

O julgamento realizado de que toda a entrega direta do menor pelos próprios pais genitores foi motivada por uma contraprestação financeira ou recebimento de privilégios deve ser ignorada, uma vez que na maioria dos casos os pais biológicos elegem uma pessoa específica para receber o menor, já que tal possibilidade não encontra proibição pela legislação brasileira.

Sendo assim, é necessário cautela ao analisar cada caso concreto de forma individual, pois nas hipóteses de guarda de fato e posterior demanda pela adoção *intuitu personae*, precisa ficar claro que os interessados na adoção não compraram a criança ou cometeram qualquer outro crime, em prol do bem estar do adotando, tendo em vista os laços familiares construídos, mesmo que não estejam cadastrados, prevalecendo sempre o resguardo do melhor interesse do menor. Do contrário, ou seja, demonstrada a má-fé, a criança deverá ser afastada da convivência dos guardiões de fato e ser entregue àquele que constar em primeiro lugar na lista de adotantes.

REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª Ed. Rio de Janeiro.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.069/1990 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº 1.911.099 - SP (2020/0323659-9), Quarta Turma, Rel. Marco Buzzi. Julgado em 26 de junho de 2021, unânime, DJe 03 de agosto de 2021. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003236599&dt_publicacao=03/08/2021>. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº 1172067 - MG 2009/0052962-4, Terceira Turma, Rel. Massami Uyeda. Julgado em 18 de março de 2010, unânime, DJe 14 de abril de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900529624&dt_publicacao=14/04/2010>. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação. Nº 0002995-14.2011.8.05.0154, Quarta Câmara Cível, Rel. Aldenilson Barbosa dos Santos. Publicado em 17 de novembro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/ea721008-42ec-3572-ac94-f9d52bf086dc>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: família, sucessões*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos de famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LOTUFO, Maria Alice C. Zaratín Soares. *Adoção: perfil histórico e evolução teleológica no direito positivo*. 1992. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 57. Disponível em: <<http://www.sapientia.pucsp.br>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

MIGALHAS. IBDFAM aprova onze novos enunciados sobre Direito de Família. Publicado em: 29/10/2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/229244/ibdfam-aprova-onze-novos-enunciados-sobre-direito-de-familia>>. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, José Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sistema Nacional de Acolhimento. Disponível em: <<https://sti.tjms.jus.br/confluence/pages/viewpage.action?pageId=167970309>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayara. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 11º edição. São Paulo: Atlas, 2014.