

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUILHERME CARNEIRO CARVALHO

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: uma análise principiológica, legal e social da
adoção direta no Brasil.

São Luís - MA
2016

GUILHERME CARNEIRO CARVALHO

ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: uma análise principiológica, legal e social da
adoção direta no Brasil.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Anamaria Sousa Silva

São Luís - MA

2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a). Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Carvalho, Guilherme Carneiro.

ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: uma análise principiológica, legal e social da adoção direta no Brasil / Guilherme Carneiro Carvalho. - 2017.

50 f.

Orientador(a): Anamaria Sousa Silva.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Adoção direta. 2. Adoção *intuitu personae*. 3. CNA. I. Silva, Anamaria Sousa. II. Título.

GUILHERME CARNEIRO CARVALHO

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: uma análise principiológica, legal e social da
adoção direta no Brasil.

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Anamaria Sousa Silva (Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

Aos meus pais!

AGRADECIMENTOS

À Deus, sempre possibilitando que cada passo da minha jornada seja realizado com felicidade.

Aos meus pais, Sâmia e Raimundo, por sempre me ensinarem o que é certo, sobre o valor da caridade e do amor ao próximo.

Aos meus irmãos, Gustavo e Edla, por sempre acreditarem em mim e me incentivarem a buscar o meu melhor, mesmo quando tomei decisões que não concordavam. Agradeço pelo incentivo e confiança.

Aos amigos que conquistei durante toda minha vida acadêmica, pela amizade, compreensão e incentivo. Sou grato pelos momentos alegres que vocês me proporcionaram e que levarei para minha vida profissional.

Aos professores do curso de Direito da UFMA, pelo conhecimento compartilhado durante a graduação.

Estou certo de que não cheguei a este momento tão almejado sem a ajuda de vocês que foram e são capazes de ser alicerces em todos os momentos necessários.

"O que se faz agora com as crianças é o que elas farão depois com a sociedade."

Karl Mannheim

RESUMO

A presente monografia tem o seu enfoque no Direito de Família e no Estatuto da Criança e do Adolescente, debruçando-se nas modalidades de adoção no Brasil. O problema central da pesquisa baseia-se na possibilidade da adoção *intuitu personae* ser legalizada, uma vez que se mostra tão comum. O tema tem sua justificativa no valor social que este representa, analisando os julgados, alertando para as tomadas de decisões contrárias ao que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente e na importância da escolha dos genitores na entrega direta do filho. Também se discute os diretrizes do direito fundamental da criança e do adolescente ao convívio familiar, sobre os princípios do superior interesse do menor e da prioridade absoluta deste, como fundamentos para priorizar a manutenção de um vínculo afetivo já consolidado. O trabalho tem como escopo verificar a importância da possibilidade da adoção direta ser legalizada, contrapondo com a adoção “à brasileira” e do superior interesse do infante. Analisa-se, ainda, se a prévia inscrição no Cadastro Nacional de Adoção é critério absoluto para sua concessão, o preconceito social sofrido pela genitora após a entrega.

Palavras-chave: Adoção. Adoção *intuitu personae*. Adoção à brasileira. Cadastro Nacional de Adoção.

ABSTRACT

This paper focuses on Family Law and Statute of the Child and Adolescent (Brazil), focusing on the adoption modalities in Brazil. The central problem of the research is about the possibility of the *intuitu personae* adoption being legalized, since it has been so common. The theme has the justification in the social value that it represents, analyzing the judgments and alerting to the decision-making contrary to what establishes the Statute of the Child and Adolescent (Brazil) and the importance of the choice of the parents in the direct issuance of the child. It also discusses the fundamental right of the child and the adolescent has a family life, the principles of the superior's interest and the absolute priority of the child, as a basis for prioritizing the maintenance of the relationship already consolidated. The objective of this work is to verify the need for the possibility of direct adoption being legalized in opposition to the "à brasileira" adoption and the superior interest of the infant. It is also analyzed if the previous registration in the National Registry of Adoption is an absolute criterion for its concession, the social prejudice suffered by the mother after issuance.

Keywords: Adoption. *Intuitu Personae* Adoption. Adoption in Brazil. National Adoption Registry.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- CNA - Cadastro Nacional de Adoção
- ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
- CC - Código Civil
- CF - Constituição Federal
- CP - Código Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ORIENTADORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	15
2.1 Princípio do superior interesse da criança e do adolescente	16
2.2 Princípio da prioridade absoluta	18
2.3 Direito fundamental à convivência familiar	20
3 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA	23
3.1 Guarda	23
3.2 Tutela	24
3.3 Adoção	25
4 ADOÇÃO LEGAL	27
4.1 Cadastro e habilitação para adoção	28
5 ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>	32
5.1 Adoção <i>intuitu personae</i> versus adoção “à brasileira”	36
5.2 As relações de afeto como fundamento para a flexibilização dos requisitos formais e materiais do adotante	39
5.3 A estigmatização da genitora no procedimento de entrega do filho para adoção	42
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1 INTRODUÇÃO

A adoção *Intuitu personae* representa uma das modalidades de colocação em família substituta mais comum no Brasil, contudo, as transformações jurídicas e legais não se atentaram para o referido tipo de adoção que é também a forma mais antiga de adoção. Baseia-se na interposição dos genitores naturais na eleição da família substituta, cuja seleção dos pais biológicos incide antes de ser estabelecido o pedido de adoção ao Poder Público.

O referido tema é de grande relevância para a sociedade, uma vez que vislumbra-se os debates relacionados ao direito fundamental da criança e do adolescente, pautando-se em princípios basilares tais como o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, princípio da prioridade absoluta e o princípio à convivência familiar. No mais, acalora-se as discussões sobre o fato do vínculo que é criado entre as partes, ser um critério que deve ser considerado pelo magistrado no momento de proferir sua decisão.

Os processos de adoção que tramitam no Judiciário levam em consideração e observância os princípios previstos na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém sem muito esforçarem-se para os argumentos e elementos que se voltam a analisar e propor normas que assegurem os direitos dos adotantes e dos infantes, em suas mais diversas vertentes. Destarte, a fragilidade das decisões tomadas poderá promover prejuízos reais às crianças em razão de provável quebra dos vínculos afetivos já constituídos para que possa ocorrer um acolhimento institucional descuidado, onde as crianças mesmo após um período de permanência com os adotantes, são privadas dessa convivência para serem colocadas em instituições de acolhimento infantojuvenil.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva investigar as consequências sociais e legais da adoção direta no Brasil, em observância dos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Posteriormente, pretende-se avaliar os argumentos jurídicos, sociais, legais e principiológicos que fundamentam as decisões dos juízes responsáveis pelos juizados especiais da criança e do adolescente.

Com a análise, almeja-se atingir os objetivos explicitados, questionando quais as consequências sociais e legais da ausência de previsão legal para o tipo de

adoção direta em observância dos princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante ao que, o presente artigo será estruturado da seguinte maneira: no primeiro capítulo se examinará os princípios e direitos fundamentais orientadores do Estatuto da Criança e do Adolescente que é constituído de princípios e fundamentado na Constituição Federal, pormenorizando-se no referido estudo, os princípios do superior interesse da criança e do adolescente, o princípio da convivência familiar e o princípio da prioridade absoluta, os quais visam sobretudo a necessidade de proteção diferenciada às crianças e adolescentes em razão de suas condições de sujeitos em desenvolvimentos e vulneráveis e buscando desta forma a proteção integral. No segundo capítulo, será estudado as formas de colocação em família substituta, enfatizando-se a guarda, tutela e a adoção, as características de cada uma, natureza jurídica, diferenças e semelhanças entre as três modalidades.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda os aspectos normativos da adoção, sobretudo os conceitos jurídicos e os elementos e requisitos necessários para concretiza-la, no tocante, principalmente ao momento do cadastro e habilitação para adoção através do Cadastro Nacional de Adoção – CNA e enfatizando-se a importância do carinho, amor e afinidade entre adotantes e adotados.

Por fim, o quarto capítulo, trata do Instituto da adoção *intuitu personae*, também conhecida como adoção dirigida, as questões básicas relativas ao conceito e características. Realiza-se também uma distinção entre a adoção *intuitu personae* e a adoção “à brasileira”, buscando-se argumentar-se acerca das relações de afeto como fundamento para a flexibilização dos requisitos formais e materiais do adotante e no fato de haver grande estigmatização da genitora no procedimento de entrega do filho para adoção, que muitas vezes ocorrem por não terem condições financeiras e afetiva para promover uma juventude saudável para o filho.

Desenvolvendo-se pesquisa que se classifica, segundo Gil (2002, p. 61), como exploratória, quanto ao seu objeto, uma vez que busca o levantamento de hipóteses capazes de suscitar debates e questionamentos em relação à temática; e bibliográfica, quanto ao procedimento técnico utilizado, em razão de serem empregados meios que auxiliam na análise das ideias com o intuito de permitir o conhecimento mais aprofundado, de forma sistematizada e crítica, a respeito do tema, pautando-se no levantamento e na análise do discurso como métodos de investigação. A seleção do material ocorrerá a partir da busca pelas seguintes

expressões e palavras-chave: “adoção”, “adoção *intuitu personae*”, “adoção direta”, “adoção dirigida”, “cadastro de adoção”, “colocação em família substituta” e “abandono”.

Utilizar-se-á o método dialético, pois, a problemática a qual esta pesquisa pretende se debruçar será melhor desenvolvida pela análise do sistema jurídico associado com os aspectos sociais. Existem problemas no ordenamento jurídico que necessitam ser analisados para que os princípios constitucionais sejam devidamente preservados. Elenca-se que esta análise será essencial para conhecer e contrastar fatores essenciais que envolvem a judicialização do processo de adoção na modalidade ora analisada.

2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ORIENTADORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é um sistema aberto com princípios e regras próprias e fundamentado principalmente na Constituição Federal. Enquanto as regras ali presentes possibilitam tomadas de decisões com segurança e certeza, os princípios expressam valores relevantes, de interpretação genérica (por vezes subjetivas) que fundamentam as próprias regras e sistematizam o ordenamento jurídico. Não obstante, as regras, em sua maioria, são revertidas de preceitos principiológicos que justificam sua necessidade.

Canotilho (1998, p. 1034) distingue brilhantemente regras de princípios:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos “fáticos” e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem “exigência de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do “tudo ou nada”), consoante seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Neste sentido, depreende-se que os princípios são ditames superiores, elementos que sustentam e dão essência ao ordenamento jurídico, moldando-o, caracterizando-o e orientando-o em sua função. Miguel Reale (2009, p. 304) afirma que eles são “[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

Desta forma, considerando-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um sistema essencialmente principiológico, os direitos nele elencados não devem ser interpretados isoladamente, mas suas essências devem complementar-se à totalidade do contexto no qual se insere, isto é, deve estar sempre em harmonia com o ordenamento e com os demais princípios nele inseridos.

Quanto aos direitos fundamentais, Canotilho (1998, p. 359) os define como “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente [...] direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Destarte, segundo a definição do renomado professor, os direitos fundamentais referem-se àqueles inerentes à própria condição do ser humano, assim, limitando e condicionando a ação do Estado.

Não obstante, todo o ordenamento jurídico é suscetível de transformações temporais, uma vez que se comporta como fator social e mantém estrita ligação com as relações sociais delineadas ao longo dos anos, cabendo ao aplicador da lei, por vezes, reinterpretar a legislação e suprir as lacunas que se apresentam diante de tais situações, que também necessitam de regulamentação jurídica no intuito de proteger, neste caso, as crianças e adolescentes.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao longo de seu texto, elencou diversos direitos fundamentais, principalmente em seu artigo 5º. Ainda, há previsão dos direitos fundamentais na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No que se refere aos direitos fundamentais próprios (mas não necessariamente exclusivos) da criança e do adolescente, estes estão expressamente descritos no *caput* do art. 227 da Constituição Federal. Após leitura do referido artigo, extrai-se que são eles: 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.

Diante do exposto, para a defesa do presente trabalho, adiante serão abordados, em especial, os princípios do superior interesse da criança e do adolescente e o princípio da prioridade absoluta em conjunto com o direito fundamental à convivência familiar que, somados, concretizam a doutrina da proteção integral presente no ECA.

2.1 Princípio do superior interesse da criança e do adolescente

O referido princípio possui sua origem no antigo instituto protetivo do direito anglo-saxônico, no qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente vulneráveis – menores e loucos (Amin, 2015, p. 61).

Com o tempo, consolidou-se e foi definitivamente adotado na Declaração dos Direitos da Criança em 1959. No Brasil, foi incorporado ao artigo 227 da Constituição Federal como fundamento da proteção integral reconhecida

internacionalmente com sua aplicação voltada a todo o público infanto-juvenil, este abrangendo todos os jovens de até 18 anos incompletos, incluindo os emancipados.

O princípio em análise trata-se de orientação, tanto para os operadores do Direito quanto para o legislador, no sentido de sempre buscar a satisfação das necessidades da criança ou do adolescente, fornecendo todas as condições possíveis que possibilitem o seu desenvolvimento saudável. Torna-se, então, critério de interpretação de determinada lei em um caso concreto ou como direção para elaboração de futuras regras.

Destarte, acima de determinada lei ou situações fáticas, deve-se buscar soluções que atendem à proteção dos interesses do menor. Não há margem, portanto, para decisões sem fundamentação psicossocial e que não assegurem objetivamente os interesses do titular do direito, a criança ou o adolescente. Contudo, como bem observa Amim (2015, p. 70) não são raras as decisões que confundem o destinatário final da proteção legal:

Muitas vezes, apesar de remotíssima a chance de reintegração familiar, pois a criança está em abandono há anos, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou limita a visitá-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura essa *via crucis*, a criança vai se tornando “filha do abrigo”, provada do direito fundamento à convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea.

Neste viés, é comum que os processos de destituição do poder familiar, requisito para a inscrição do menor no Cadastro Nacional de Adoção, demorem mais que o necessário, o que pode gerar severos prejuízos para a criança. Ocorre que, os pretendentes à adoção preferem crianças de até 03 anos. Esta prioridade fica comprovada pelo próprio relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça no site do Cadastro Nacional de Adoção¹, no qual consta que dos 4.589 (quatro mil, quinhentas e oitenta e nove) menores aptos para adoção apenas 78 são menores de 03 anos (números obtidos no dia 23 de novembro de 2016).

¹ O Cadastro Nacional de Adoção (CNA), lançado em 2008, é uma ferramenta digital que auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos dos processos de adoção em todo o país. Após o trânsito em julgado da Destituição do Poder Familiar contra os genitores ou quando esses não são identificados, os jovens são inseridos no cadastro, o que significa que estão aptos para adoção.

Entretanto, os Tribunais de Justiça Estaduais estão cada vez mais inclinados a decidir em observância ao princípio do superior interesse do menor como fundamento de resguardo do direito da criança, conforme se observa na seguinte decisão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE ADOÇÃO DE MENOR - CONCORDÂNCIA DA MÃE BIOLÓGICA, PAI AUSENTE - ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL A AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO E INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE ADOTANTES DA COMARCA - FORMALISMO LEGAL NÃO SUPERIOR AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

Nos termos do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida de colocação em família substituta, através da adoção, deve ser precedida da necessária habilitação e inscrição do interessado no CADASTRO do Juízo. Contudo, a ausência do casal no cadastro de pretendentes à adoção, por si só, não configura situação de risco e não afasta de maneira definitiva a possibilidade de adoção. 2 O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg na MC 15.097-MG, entendeu ser possível mitigar cadastro de adotantes em face do vínculo afetivo estabelecido entre o menor e o adotante não cadastrado. 3 *In casu*, o conjunto probatório demonstrou que os apelantes e o menor SAMUEL DE SOUSA possuem vínculos afetivos solidificados, convivendo, de forma ininterrupta, por mais de 04 (quatro) anos, não sendo, pois, proporcional, a retirada da criança do seio familiar em que convive desde o seu nascimento. 4 Apelação Cível conhecida e provida.

AC 00018532420108180032 PI 201400010045237 - Ministro Fernando Lopes e Silva Neto. 4ª Câmara Especializada Cível. 07/04/2015.

Portanto, preconizar o princípio do superior interesse é colocar a criança em prioridade máxima e acima de todas as instâncias, sendo o Estado, a família e toda a sociedade responsáveis por materializá-lo.

2.2 Princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta vem colocar a criança e o adolescente, em patamar de preferência em todas as esferas, seja administrativa, judicial, extrajudicial, social e familiar. É, portanto, assim como o princípio do superior interesse do menor, instrumento de orientação para tomadas de decisões.

A prioridade é assegurada constitucionalmente no artigo 227 e como direito constitucional deve ser tratado, não podendo ser desconsiderado sem justa causa, com possibilidade do ato, seja ele administrativo ou judicial, ser entendido como uma afronta ao texto constitucional e, logo, passível aos efeitos do controle de constitucionalidade.

O objetivo central deste princípio é assegurar que os direitos fundamentais dos menores de idade sejam considerados e tutelados com sua devida importância e,

como também prevê a referida Constituição, o seu cumprimento é dever comum do Estado, família e sociedade.

Amin (2015, p. 62), expõe exemplos de não observância do princípio da prioridade absoluta pelas autoridades públicas:

É comum vermos a inauguração de prédios públicos com os fins mais variados, sem que o Estado cuide, por exemplo, da formação de sua rede de atendimento. Outro fato comum é a demora na liberação de verbas para programas sociais, muitos da área da infância e juventude, enquanto verbas sem primazia constitucional são liberadas dentro do prazo. É o que se pode chamar de “corrupção de prioridades”.

Neste sentido, compreende-se que se o ente público tiver de decidir entre a construção de uma escola ou de um abrigo para idosos, deverá, obrigatoriamente, decidir pelo primeiro.

No mesmo pensamento, a sociedade e a família da criança, possuem além do dever social, o dever legal de proporcionar todas as condições básicas necessárias para o desenvolvimento saudável daquela.

Trazendo o enfoque do problema para uma realidade local, é de conhecimento dos operadores do Direito que atuam na região o grande o número de ações judiciais na Vara da Infância e Juventude da cidade de São Luís. A pretensão de tais demandas é simplesmente assegurar condições mínimas existenciais para os infantes que necessitam de um amparo maior do Poder Público, que se dá, às vezes, em decorrência de uma peculiar condição de saúde, a exemplo da necessidade de alimentação especial ou equipamentos essenciais para a manutenção de sua vida, conforme se observa na seguinte decisão de reexame necessário:

EMENTA: DIREITO À SAÚDE. MENOR EM SITUAÇÃO DE RISCO. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECER O TRATAMENTO ADEQUADO.

1. O direito à saúde das crianças e adolescentes é consectário lógico da dignidade da pessoa humana, devendo perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo ao Estado, latu sensu, oferecer os meios necessários para a sua garantia.

2. Evidenciada a situação de risco de adolescente, o caso é de assegurar o tratamento médico indispensável ao atendimento de suas necessidades físicas e psicológicas.

3. Reexame conhecido e improvido. Unanimidade.

REEX 0248282014 MA 0000766-33.2012.8.10.0049 – Desembargador PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA. 4ª Câmara Cível. 21/07/2015.

Em suma, a prioridade absoluta se baseia na obrigação legal na elaboração de medidas públicas com o objetivo de preservar os direitos das crianças e adolescentes, com critérios prioritários de elegibilidade em detrimento de outro possível público alvo. Por fim, ressalta-se que o princípio constitucional é repetido no artigo 4º do ECA, o que evidencia sua importância.

2.3 Direito fundamental à convivência familiar

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu artigo 19, que é direito de toda a criança e adolescente “ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. O direito à convivência familiar também é previsto no artigo 227 do texto constitucional.

A importância do vínculo familiar é defendida com muito lucidez pela psicóloga Cenise Monte Vicente (2010, p.40):

O vínculo é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria *convivência – viver junto*. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas uma questão vital. Na discussão das situações de risco para a criança a questão da mortalidade infantil ou da desnutrição é imediata. Sobreviver é condição básica, óbvia, para o direito à vida. Deve-se acrescentar a dimensão afetiva da vida. Em outras palavras, sobreviver é pouco. A criança tem o direito a viver, desfrutar de uma rede afetiva, na qual possa crescer plenamente [...].

É cristalino que o ideal seria que a própria família natural, formada pelos genitores, fosse a responsável pela guarda dos filhos e, em consequência, provesse-lhes todas as condições necessárias para o seu desenvolvimento pleno e afetivo, com segurança e tranquilidade. Porém, existem situações em que o poder familiar tampouco é exercido pelo pai ou pela mãe, por inúmeros motivos, o que gera, muitas vezes, a ruptura da instituição “família”, implicando em tantos abandonos e acolhimentos institucionais de menores.

Em hipótese de impossibilidade dos pais biológicos exercerem a guarda, o ECA prevê a possibilidade de colocação do menor em família extensa, essa formada por parentes próximos, geralmente tios, avós e irmãos. Contudo, é necessário observar se a criança já desenvolveu laços de afinidade e afetividade, sob o risco de ser imposto a esta um convívio imprudente com pessoas desconhecidas por ela.

Percebe-se, que no caso da colocação em família natural extensa, o fator principal é a manutenção do afeto já desenvolvido pela criança, atendendo, portanto, ao princípio do superior interesse da criança.

Neste sentido, a inserção de infantes em família substituta por meio da guarda, tutela ou adoção é medida excepcional, como também prevê o ECA no § 3º também do artigo 19. Não obstante, a guarda e tutela possuem finalidade provisória o que diferem da adoção por esta ser irrevogável.

Salienta-se, entretanto, que a convivência familiar não deve ser confundida com forçar a permanência dos menores em um ambiente hostil na companhia de pais biológicos que não possuem condição social e psicológica de exercerem o seu poder familiar. Visto que, enquanto se prorroga uma impossível convivência com a família natural a criança perde oportunidades de adoção, seja pelo tempo de espera ou por desenvolver traumas psicológicos que podem impossibilitar sua inserção em uma nova realidade familiar.

Ademais, em decorrência da impossibilidade de a criança permanecer com a família natural, esta, por vezes, é acolhida em abrigos sem limite de tempo e sem a reavaliação semestral de sua situação pela autoridade judiciária competente, em desrespeito ao que determina o ECA no artigo 19, em seu primeiro parágrafo. Deste modo, a institucionalização se torna a única realidade conhecida pelos menores acolhidos e suas chances de reinserção familiar lhes são retiradas por completo e, em certos casos, ao completarem os 18 anos são expulsos dos abrigos, o que configura uma verdadeira barbárie social e humana.

Ocorre que o Judiciário não possui estrutura e pessoal para cumprir as determinações do ECA e/ou fiscalizar todas as crianças acolhidas. A exemplo do exposto, no Maranhão existe uma única Vara da Infância e Juventude responsável por esta delicada tarefa, evidentemente, incapaz de suprir a demanda. Quanto à equipe técnica dos juízos, responsáveis por tecer relatórios opinando e sugerindo melhores condições aos jovens acolhidos, em certos casos é formada por apenas um(a) assistente social e um(a) psicólogo(a), pois há sempre a justificativa de impossibilidade orçamentária para contratação de tais profissionais.

A defasagem do Judiciário é uma afronta ao princípio da prioridade absoluta e ao direito fundamental ao convívio familiar, uma vez que a ausência de equipe multiprofissional capaz de evidenciar a impossibilidade de retorno ou não ao convívio familiar natural ou extenso tende a impossibilitar a adoção da criança pelo

cadastro nacional, posto que acaba por prolongar o processo de destituição do poder familiar e inscrição do menor no CNA.

Enquanto seus casos não são reavaliados, os jovens permanecem abrigados vivenciando a cada dia sua realidade de abandono, visto que, apesar do belo trabalho desenvolvido pelas instituições de acolhimento, não há o afeto individualizado, necessário para o desenvolvimento dos menores, principalmente, mas não exclusivamente, para aqueles de tenra idade. A família é bem essencial para a vida de todos e o direito fundamental ao convívio familiar é garantia legal de que os jovens acolhidos não poderiam permanecer sua vida toda em abrigos.

A constância das crianças por longos períodos nessas instituições, em certos casos, dá-se em decorrência das reiteradas atitudes dos genitores, os quais mesmo admitindo não possuírem condições de possibilitar um desenvolvimento saudável ao filho não querem vê-lo adotado. O acolhimento, nesse caso, é a válvula de escape para esses pais que transferem a responsabilidade para o abrigo e aparecem periodicamente para visitas rápidas. Nestas hipóteses, a tentativa de reinserção atemporal da criança na família natural tem consequências psicológicas imensuráveis.

Este talvez seja um dos pontos relevantes à regularização da adoção direta, porque, sem dúvidas, a entrega da prole para adoção em pleno exercício do seu poder familiar, por saber que um terceiro conhecido cuidaria da criança como verdadeiro filho, é oferecer a este o direito à convivência familiar saudável.

Portanto, assegurar esse direito é cuidar da formação saudável da criança, com ferramentas que possibilitem sua construção social, moral e cidadã. O Estado deve implantar políticas públicas para preservar a família natural, contudo, não o sendo possível, são necessárias ações que levem em consideração principalmente o superior interesse da criança e do adolescente.

3 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A colocação da criança ou jovem em família substituta é orientada pelo artigo 28 do ECA sob as modalidades de guarda, tutela e adoção. Entretanto, não se trata de inovação trazida pelo estatuto, uma vez que essas mesmas modalidades já se encontravam presentes desde o Código de Menores de 1979. O código revogado também previa a colocação do menor sob a forma de delegação do pátrio poder, além de trazer dois institutos para a adoção: plena e simples. Na primeira, os laços de parentescos se estendia para todos os membros da família do adotante, enquanto na simples, limitava-se a este.

Seguindo a mesma intenção excepcional do Código de Menores, o ECA conservou a caráter protetivo da colocação em família substituta estabelecendo diversos critérios relevantes que devem ser seguidos, a exemplo da oitiva necessária do adolescente; a relevância do grau de parentesco; manutenção dos laços fraternos; acompanhamento por equipe multidisciplinar e, principalmente, o grau de afinidade ou de afetividade, com a finalidade de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

Outro aspecto a ser considerado na escolha da família substituta é a busca pelo ambiente familiar adequado. O núcleo familiar deve ser propício a favorecer o menor em seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (Cury, 2002 p. 165).

3.1 Guarda

A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiro, inclusive aos pais, regularizando se assim a posse de fato (Diniz, 2012, p. 677). O artigo 33, § 4º do ECA, determina que “salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público”.

Deste modo, a guarda é, por muitas vezes, utilizada como regularização de uma situação fática e como medida de preparação para adoção, seja ela pretendida pelos adotantes oriundos do CNA, pela família extensa ou adoção direta. Como medida antecipada, visa a proteção imediata dos jovens que estejam em estado de abandono ou tenham sofrido abuso dos pais.

Não obstante, como bem leciona Nucci (2014, p. 109):

A guarda não é uma finalidade em si mesma, mas um mecanismo para se buscar a situação ideal e definitiva ao menor. Afinal, ela constitui um instrumento de urgência para atender a criança ou o adolescente em situação de vulnerabilidade, quando sob tutela dos pais ou outro responsável. Transfere-se a guarda do menor para alguém de confiança, que possa zelar e proteger o pupilo, mas não indefinidamente; até que se decida o que fazer. Se os pais não apresentam condições de manter o poder familiar, há o procedimento específico para a sua suspensão e, depois, perda. Assim ocorrendo, a criança ou adolescente é colocado para adoção. O candidato (pessoa individual ou casal) obtém a guarda (medida cautelar inicial) para o estágio de convivência. Pode ser medida incidental, quando, num procedimento de busca do mais adequado tutor para um menor, indica-se alguém para a guarda.

Ademais, como ressalta Maciel (2015, p. 237), é necessário delimitar quais são os direitos e deveres inerentes ao instituto da guarda como modalidade de colocação em família substituta:

O atributo do poder familiar que se transfere para esta espécie de família substituta é o direito/dever de guarda dos pais (arts. 1.566, IV, 1.583 e 1.584 do CC), de modo que o filho possua um responsável judicialmente nomeado e não apenas de fato. Portanto, não há alteração na titularidade do poder familiar, mas apenas mudança no exercício do encargo da guarda (art. 22 do ECA) em favor de quem não possui a autoridade parental. Em suma, se a guarda for transferida entre os próprios genitores, não estará configurada a colocação em família substituta. Assim, a guarda é coexistente ao poder familiar.

Nessa acepção, a guarda não importa prévia suspensão ou destituição do poder familiar e, conseqüentemente, seu procedimento é mais célere que o da tutela e o da adoção, podendo ter finalidade provisória e passível de reversão a qualquer momento.

3.2 Tutela

A tutela resume-se como o conjunto de poderes e encargo conferido por lei, após judicialização, à um terceiro responsável pela proteção do menor e de seus bens, caso existam.

O artigo 1.728 do Código Civil dispõe acerca da tutela, *in verbis*: “os filhos menores são postos em tutela: I – com o falecimento dos pais ou sendo julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar”.

No mesmo sentido, a dicção da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 anos incompletos.

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda.

Assim, tem-se que a tutela é o instituto pelo qual alguém legalmente habilitado, maior e capaz, é investido de poderes para a assistência e proteção de menores com pais falecidos, julgados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar.

Deste modo, para que a tutela seja deferida é necessário que os pais sejam destituídos de seu poder familiar ou ambos forem falecidos, sendo impossível a concessão da tutela em conjunto com exercício do poder familiar. Entretanto, implica-se necessariamente o dever de guarda ao tutor. No mesmo sentido, apesar de a tutela pressupor a perda do poder familiar isso não significa que será rompido o vínculo de parentesco com os pais que sofreram a sanção, o que somente é possível com a adoção.

A tutela é a modalidade recomendada às crianças cujos pais, por diversos motivos, estão impedidos de exercerem o seu poder familiar. Em alguns casos, não raros, após certo período de convivência, o tutor ajuíza ação pleiteando transformar a tutela em adoção uma vez que aquela se encerra aos 18 anos enquanto a última é plena e perdura após a maioridade civil e após os falecimentos dos adotantes e do adotando, como se demonstrará no tópico a seguir.

3.3 Adoção

Das três modalidades de colocação em família substituta atualmente regulada por nosso ordenamento jurídico, sem dúvidas, a adoção é a mais completa, uma vez que seu objetivo é a inserção plena, irrevogável e atemporal da

criança/adolescente em um novo núcleo familiar. Há a perfeita transformação do infante em filho (a) sem distinção com possível filho biológico.

A modalidade é definida por Nucci (2014, p. 122) como um procedimento judicial baseado principalmente no desejo de doação afetiva:

Trata-se do estabelecimento do vínculo legal de paternidade e/ou maternidade a uma pessoa que, biologicamente, não é filho, mas assim passa a ser considerado para todos os fins de direito. Cuida-se do procedimento judicial para constituir uma família, considerando-se os laços entre pai e filho ou mãe e filho, ou ambos, tornando-a idêntica, aos olhos da lei, a qualquer família natural, instituída pelos laços consanguíneos. Contornando o conceito jurídico, a adoção é um ato voluntário e espontâneo, calcado no afeto e na afinidade, que permite a aceitação de alguém como filho (a), para lhe conceder toda a assistência material e moral, cercadas de proteção, cuidado, zelo, sustento, educação e amor. É a consagração dos laços afetivos acima dos laços de sangue, dando mostra efetiva de que a entidade familiar é muito mais afinidade e amor do que liames físicobiológicos.

A adoção como instituto de colocação em família substituta está presente nos sistemas jurídicos mais antigos, contudo, foi no direito romano que a adoção chegou à sua evolução mais expressiva. Conforme Bordallo (2015, p. 283) explica, “os romanos, além da função religiosa, davam a adoção papel de natureza familiar, política e econômica. A religião exigia, de forma imperiosa, que a família não se extinguisse e quando a natureza não permitia que o cidadão romano concebesse filhos, poderia fazer uso do instituto da adoção.”

No sistema romano, quem entrasse para uma nova família tinha o vínculo rompido com a anterior, requisito também presente no modelo atual de adoção vigente no sistema jurídico brasileiro. Contudo, diferente do que ocorre hoje, a adoção na antiguidade era quase sempre realizada para preservar as riquezas e interesses dos adotantes, sem relevância afetiva ou social ao infante.

Diante do exposto, tem-se que a visão geral do instituto da adoção possui relevantes fatos históricos. Não obstante, como se refere ao tema central do presente trabalho acadêmico, tratar-se-á da modalidade, abrangendo suas espécies, problemas e controvérsias nos tópicos seguintes.

4 ADOÇÃO LEGAL

A adoção de crianças e adolescentes rege-se, atualmente, pela lei 12.010/2009, conhecida como “Lei Nacional da Adoção”. A referida norma introduziu inúmeras alterações no ECA e revogou expressamente 10 artigos do Código Civil de 2002 relacionados à adoção (artigos 1620 a 1629).

Conforme já adiantado no primeiro capítulo quanto se tratou do direito fundamental ao convívio familiar, a lei foi a responsável por estipular prazos para determinados atos do próprio judiciário com o intuito de possibilitar maior celeridade nos processos de adoção e minimizar os danos sofridos por acolhimentos institucionais atemporais. Ademais, com a promulgação da lei, foi criado, em observância à resolução número 54, do Conselho Nacional de Justiça, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) para que seja realizado o encontro das informações da criança com os pretendentes (Gonçalves, 2014, p. 387).

O ECA estabelece, em seu artigo 42, que é necessário que o adotante atinja a idade mínima de dezoito anos, independente do seu estado civil, para que se possa pleitear a adoção. Ainda, também é exigido que exista uma diferença de, pelo menos, dezesseis anos entre adotante e adotado e que se busque efetivo benefício para o adotando, o que significa, em linhas gerais, a observância do princípio do superior interesse do menor.

Não obstante, uma das exigências que merece maiores reflexões é a necessidade de consentimento dos representantes legais de quem se deseja adotar, prevista no artigo 45 do ECA. Tal consentimento somente é dispensável em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

No primeiro momento, poderia se dizer que o ECA tem como enfoque exclusivamente assegurar o princípio do contraditório da ampla defesa nos processos de adoção, o que não deixa de ser uma realidade. No entanto, percebe-se que os genitores possuem papel muito maior quando se trata em transferir a filiação à um terceiro, com poder de concordância, evidente que não absoluto, conforme será defendido no tópico específico referente a adoção direta.

4.1 Cadastro e habilitação para adoção

Conforme anteriormente delineado, o ECA, em observância da atualização trazida pela lei 12.010/2009, dispõe em seu artigo 50 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”.

É inconteste que a existência do cadastro é bastante útil para facilitar a comparação de dados e interesses dos adotantes e das crianças inscritas no banco de dados.

Não obstante, questiona-se a necessidade da aplicação obrigatória do Cadastro. Antes de 2009, não havia previsão acerca de tal requisito, o que tem evidenciado uma certa resistência jurisprudencial acerca da obrigatoriedade da prévia inscrição no cadastro de adotantes em observância ao princípio do superior interesse do menor e do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

No texto da lei 12.010/2009 (integralmente transcrita para o ECA), não se encontra menção à necessidade obrigatória de cadastro prévio no CNA como requisito indispensável para o pleito de adoção. Pela leitura do artigo 50 da Lei 8.069/90, no entanto, entende-se que o cadastro é apenas uma forma de organização administrativa pelo registro de crianças e adolescentes disponíveis e de pessoas interessadas em adotá-las.

Entretanto, possibilitando interpretação contrária, o ECA, no seu § 13º do artigo 50, apresenta, de modo cristalino, somente três exceções à regra da necessidade do cadastro prévio:

[...]

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não adastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

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.

Ocorre que, indo de encontro com o que determina o ECA, defende-se que em determinadas situações que se identifique a presença de laços reais de afinidade

e afetividade entre a criança e o pretendente, conforme prevê artigo 28 do mesmo Estatuto, a adoção *intuitu personae* seja possível e regulamentada.

Neste sentido, a observância do cadastro de adotante deve ser relativizada em submissão a certos princípios, isso porque, sendo sua aplicação absoluta, resultará em afronta ao caráter preventivo insculpido no art. 70, do ECA, que serviu como base para a criação do CNA, o que o tornaria um instrumento contrário à sua finalidade de criação.

Este tem sido o entendimento do STJ, conforme se observa no seguinte precedente:

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

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

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

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente 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, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010)

Ademais, é forçoso concluir que a obrigatoriedade indiscriminada da lista também vai de encontro ao seu real objetivo, olvidando tudo o que vem sendo aceito pela jurisprudência e construído pela doutrina em termos de vínculos familiares. A lista é meio facilitador, e não fator inibitório da adoção.

Como embasamento doutrinário, Nucci (2014, p. 167) lembra que a interpretação protetiva da lista do CNA é ir de encontro aos princípios que norteiam o ECA:

Quanto à tal fila de espera para se ter filhos, cuida-se de uma visão distorcida da absoluta proteção e do superior interesse da criança. Quem a defende ainda está ligado, embora possa até mesmo fazê-lo de maneira inconsciente, ao direito do adulto à criança – e não o oposto. A linha correta, de acordo com os princípios constitucionais concernentes ao tema, é consagrar o direito da criança a ter uma família. E ponto. Ninguém, em sã consciência, ainda mais com a tutela estatal, deveria ingressar numa fila para ganhar um filho. Quem está em primeiro lugar, leva a criança. Quem está em segundo, pode ser mais adequado àquele infante, mas não pode furar a fila. Ouve-se o argumento de que há pessoas – pobres delas – que estão na tal fila há muito tempo, estão frustradas e ainda não receberam seu filho. Logo, a adoção dirigida seria um golpe trágico nessa linha de pensamento. Há, também, os que defendem os direitos dos casais estéreis, como se a Constituição Federal assegurasse algum direito a eles de ter filhos, mesmo que sejam vindo de outras famílias. Dizem que a adoção dirigida pode retirar de muitos casais, que não podem ter filhos, a chance de tê-los. Convenhamos num ponto: é perfeitamente compreensível que os casais estéreis desejem ter filhos (ou os casais homossexuais). Acreditamos, inclusive, que possam ser até os melhores pais, muito dedicados, afetivos e apaixonados por seus filhos adotivos. Mas isso não pode inverter o postulado maior: quem tem direito a uma família é a criança ou adolescente – e jamais o contrário. Assim sendo, pensando no superior interesse infantojuvenil, deveria ser permitida a adoção dirigida, desde que se verificassem a sua idoneidade e a capacitação dos pretendentes a serem pais adotivos.

Destarte, não há porque privar a criança do convívio com aqueles que a receberam em seu núcleo familiar. Outrossim, entende-se que o gesto dos adotantes de acolher em seu lar de livre e espontânea vontade uma criança, às vezes renegada pelos seus genitores e família extensa, configura verdadeira relação de maturidade e evolução do ser humano em seu meio social (Simões, 2012).

Por fim, cabe transcrever a reflexão do Prof. Simões (2012), no que se refere à adoção fundada no afeto:

(...) deixar de reconhecer paternidade/ filiação fundada no amor, no afeto, no carinho, na preocupação, no querer bem e na demonstração mais simples e bela que um ser humano pode ter por seu semelhante, é justo? Seria razoável? Seria atender aos ditames constitucionais de “bem-estar”, “igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna,

pluralista e sem preconceitos” que se funda em “harmonia social” trazidos no Preâmbulo de nossa Constituição Federal?

Parece-nos que não. Se o mesmo texto constitucional dispõe em seu art. 3º, I, que nossa República tem como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o não reconhecimento do AMOR, do AFETO como formador da família e da relação de parentalidade é ir de encontro com as bases constitucionais do nosso Estado democrático de Direito.

Em vista do exposto nesse subtópico, pela máxima de que o afeto, o princípio do superior interesse do menor e do direito fundamental ao convívio familiar merecem ser vistos como uma realidade digna de tutela é que se defende a possibilidade da adoção direta pela não observância obrigatória do prévio cadastro dos adotantes no CNA como requisito essencial para esse fim.

5 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Também conhecida como direta ou personalíssima, nesta modalidade de adoção existe a direta intervenção dos genitores na escolha da família substituta, por vezes, ainda na gestação e, necessariamente, antes do conhecimento do Poder Público.

Ressalta-se, desde logo, que a base da cultura ocidental é fundada na ideia de adoção personalíssima, sendo citada inclusive em episódio bíblico, como na entrega do Menino Jesus à sua família terrena, ou mesmo na noção de apadrinhamento, no qual os pais biológicos indicam os segundos pais da criança. Contudo, no Brasil o instituto possui dois problemas principais a serem analisados: a possibilidade de a genitora escolher os adotantes e a falta de previsão legal.

Dias (2009, p. 2), se mostra a favor da possibilidade de a genitora escolher diretamente os pais afetivos de seus filhos:

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

Dalva Azevedo Gueiros (2015, p. p. 160 e 195), pesquisador social, também se mostra favorável à possibilidade da adoção *intuitu personae*, como tentativa de possibilitar uma vida mais digna pela inserção familiar saudável:

Os relatos orais coletados para este estudo indicaram que a entrega do filho pela mãe ou pelos pais não representa, via de regra, descaso ou desamor deles para com a criança. Sinalizaram, sim, uma tentativa de, por meio de pais substitutos, oferecerem ao filho a possibilidade de uma inserção sociofamiliar mais digna do que a deles, pais biológicos. [...] Aqui se coloca uma questão: por que ocorre a entrega e não o abandono do filho? Nosso entendimento é o de que há, entre essas famílias, apesar de todas as mudanças e rompimentos ocorridos, uma noção bem sedimentada de cuidado e proteção aos seus membros e, assim, quando se veem impossibilitados de exercerem eles próprios tais funções, buscam terceiros nos quais confiem que os substituirão, a contento e em acompanhar, ao menos à distância, o desenvolvimento da criança, motivo pelo qual fazem questão de que os pais substitutos estejam entre aqueles com os quais

possam manter algum tipo de contato mesmo que seja através de amigos, vizinhos ou conhecidos

Ocorre que, a sociedade, em certas ocasiões, encara a entrega efetuada pelos genitores como se estes cometessem algum crime. Contudo, a ação dos pais merece compreensão, pois aceitam que não possuem condições de cuidar da criança e optam pela entrega direta. Trata-se, portanto, de ato de amor e abdicação, buscando aquilo que entendem melhor para o filho. No mais, a entrega é possível uma vez que ainda são detentores do poder familiar e possuem o direito de tomarem todas as atitudes que visem a proteção integral do infante (Bordallo, 2015, p. 347).

Evidente que toda a sociedade deve lutar ferozmente contra o tráfico de crianças ou troca por outros benéficos torpes. No entanto, tais hipóteses têm se mostrado como exceções. Não obstante, em casos que haja resquícios de que houve recebimentos de vantagens por parte dos genitores, deve-se esclarecer tal situação ao decorrer do processo de adoção e tomar as medidas penais cabíveis. Entretanto, não se pode punir, indiscriminadamente, todos os atos envolvendo a entrega de uma criança.

Quanto a falta de proteção legal, não é raro os casos em que o Ministério Público, em estrito cumprimento de seu dever legal como fiscal da lei, ao receber vistas do processo de adoção direta, ingressa com pedido de busca e apreensão e imediata institucionalização da criança sem antes verificar se haverá rompimento dos laços afetivos já estabelecidos.

No abrigo, a criança pode permanecer durante anos à espera do processo de destituição do poder familiar, em decorrência da busca pela proteção à lista do CNA. À medida que o tempo passa, as crianças tornam-se cada vez menos “interessantes” para adoção, seja pela idade, por alguma necessidade especial ou em decorrência de grande abalo emocional oriundo da própria situação de abandono a qual a criança foi submetida.

Outrossim, uma possível ruptura, por um pedido de acolhimento feito pelo Ministério Público, por não aceitar juridicamente possível a adoção aqui altercada poderá gerar graves abalos psicológicos no menor, mesmo que este permaneça por um breve período nas instituições de acolhimento. O adotando pode reviver sua situação de abandono presente na nova realidade traumática.

Esclarece-se, todavia, que os requisitos para a adoção, com exceção ao prévio cadastro no CNA, devem ser necessariamente analisados na instrução

processual (idade mínima, consentimento dos genitores e benefícios ao menor). Deste modo, busca-se a certeza de que os terceiros escolhidos pelos genitores possuem condições necessários para exercer a paternidade, sendo imprescindível, portanto, que ocorra intervenção de equipe técnica, realizada por meio de pareceres com o intuito de avaliar se todos os requisitos se encontram presentes, caso contrário, a criança deve ser acolhida e inscrita no CNA imediatamente.

Não obstante, apesar de não haver expressa possibilidade legal, a adoção *intuitu personae* não deve ser afastada pelo mero formalismo, pois este não pode limitar a evolução dos fatos da vida, devendo os regramentos receberem maior flexibilidade, visto que as relações afetivas não são de todo modo previsíveis, mas devem ser protegidas.

Este tem sido o entendimento dos Tribunais pátrios que têm reconhecido a possibilidade de a guarda provisória ser deferida aos adotantes mesmo nos casos em que não se evidencie lapso temporal suficiente para que tenha criado laços de afinidade entre os autores e a criança:

ADOÇÃO DIRIGIDA OU *INTUITU PERSONAE*. GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. EXIGÊNCIA DE PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. TECNICISMO DA LEI. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Agravo de Instrumento. Adoção dirigida ou *intuitu personae* que permite à mãe entregar a criança a terceiros, que passam a exercer a guarda de fato. Juízo a quo que indefere pedido de guarda provisória determinando a busca e apreensão da criança e a colocação em abrigo ao argumento de que o art. 50 do ECA privilegia o processo de habilitação para adoção. Tecnicismo da lei que não deve ser empecilho para manter-se a criança com o guardião provisório em lugar de manter a mesma em abrigos públicos este que despessoalizam as relações humanas e institucionalizam o emocional. Teoria do apego que oriunda da psicologia não pode ser ignorada pelo Judiciário. Comprovação nos autos de que os agravantes vêm cuidando da criança com afeto, respeito e extremada atenção material e moral durante meses. Dever da sociedade e do poder público de proteger e amparar o menor, assegurando-lhe o direito à convivência familiar e à dignidade. Inteligência dos arts. 1º III e 227 da CF/88. Recurso a que se dá provimento para conceder a guarda provisória do menor aos agravantes, até a prolação da sentença. (TJRJ AI n.º 2007.002.26351 2ª C. Cível Re. Des. Cristina Tereza Gaulia julg.: 21.11.2007)

Todavia, diferente do julgado acima transcrito, a maioria doutrinária defende que a adoção *intuitu personae* deve ser tratada com a devida cautela, justificando-se apenas pela possibilidade de escolha da genitora associada a necessidade de manutenção dos vínculos afetivos já existentes entre os adotantes e o infante, este devidamente demonstrado através dos pareceres sociais e psicológicos apresentados (Bordallo, 2015, p. 351).

Neste mesmo sentido, Nucci (2014, p. 165) defende que apesar de não haver previsão legal para o consentimento dirigido, contudo, este deve ser mitigado, o que possibilitaria a realização da adoção *intuitu personae* (chamada por ele de adoção dirigida) como forma de proteção ao direito do infante:

Atualmente, não é mais possível o consentimento dado pelos pais para que a adoção de seu filho seja feita por determinado casal. Se eles concordarem com a perda do poder familiar, para fins de adoção, deverão saber que a criança ou adolescente entrará num cadastro geral, em que há uma fila de espera de interessados em adotar. Por isso, não sabem onde seu filho de sangue irá parar. O veto a tal situação, antes viável, deveu-se à ideia de que muitos pais estariam comercializando seus filhos, vendendo-os a famílias ricas, o que seria imoral. Além disso, poderiam vender seus filhos para estrangeiros, fomentando o tráfico de crianças. Em terceiro lugar, alguns chegam a argumentar, o que nos soa fora de propósito, que há uma espera por parte de pessoas que se inscreveram há muito tempo, motivo pelo qual se um casal doar seu filho a alguém não constante de tal lista, estaria furando a fila. Os três argumentos não se sustentam, em nosso entendimento. Há pais que poderiam vender seus filhos a famílias ricas. É possível que isso ocorresse (e ainda ocorra), mas, conforme o caso concreto, para a criança não existe absolutamente nenhum prejuízo. Se a família abonada puder dela cuidar com zelo, carinho, amor e conforto material, o superior interesse do menor foi atendido. Ademais, há pessoas que não vendem seus filhos, mas querem que eles tenham uma vida bem melhor do que as próprias existências. São pessoas pobres, que não podem cuidar dos seus filhos de sangue, mas desejam escolher nas mãos de quem vão entregá-los. Querem ter a certeza de que será bem cuidado, além de terem a garantia de acompanhar o seu crescimento e formação, mesmo à distância. Nenhum mal há nisso, ao contrário, a criança terá pais adotivos e os pais biológicos ficarão felizes por verem-na em boas mãos, podendo ter um contato futuro amistoso.

Desta arte, a regularização da adoção *intuitu personae* é matéria que deve ser tratada com a importância que o tema requer, pois a inércia do Legislativo poderá culminar em incentivo à adoção irregular e ilegal, além de afrontar diretamente o exercício de direitos fundamentais à criança.

Entretanto, independente da modalidade de adoção, o que a doutrina e jurisprudência têm se mostrado unânime é sobre a necessidade de se verificar se a colocação em família substituta atende ao melhor interesse da criança, este quase sempre presente na manutenção dos laços afetivos já consolidados.

O maior benefício ao menor se evidencia no exercício do direito à convivência familiar por meio de uma família que o ame e que certamente fará de tudo para fornecer todas as condições necessários para o seu desenvolvimento saudável.

O que se tem presenciado no cenário jurídico, em decorrência da divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade da genitora, em pleno exercício de seu poder familiar, escolher terceiros para entregar o seu próprio filho

para que estes possam criá-lo, é que os adotantes preferem permanecer inertes até que se possa argumentar acerca do forte vínculo afetivo já consolidado, com receio de ajuizar ação e se deparar com um pedido de busca e apreensão culminado com acolhimento institucional.

Deste modo, os requerentes permanecem com a guarda de fato da criança por um considerável lapso temporal como forma de estabelecer os vínculos afetivos. Entretanto, é evidente que a utilização da guarda de fato, sem nenhuma segurança jurídica, não é o meio adequado para a proteção dos interesses do menor que por vezes enfrenta empecilhos no exercício de direitos fundamentais, como matrícula em escola ou até mesmo assistência médica, uma vez que o guardião de fato não possui qualquer vínculo familiar ou legal com a criança.

5.1 Adoção *intuitu personae* versus adoção “à brasileira”

Diante de tudo o que já foi exposto a respeito da adoção *intuitu personae*, é de suma importância fazer uma diferenciação com a conhecida adoção “à brasileira”, uma vez que a confusão entre as duas têm se mostrado cada vez mais comum entre os operadores do Direito, o que culmina em um preconceito jurídico contra a primeira.

Na adoção “à brasileira”, também ocorre a entrega direta da criança, contudo, o casal adotante registra o filho, desde logo, como se biológico fosse, sem que haja autorização judicial para o registro civil. Tal conduta é tipificada como crime de acordo com o artigo 242 do CP, *in verbis*:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Destarte, enquanto na adoção *intuitu personae* há verdadeira adoção legal, com necessária intervenção estatal, na adoção “à brasileira”, tem-se uma conduta delitiva. Todavia, conforme observa-se no parágrafo único do referido artigo, devido aos motivos da conduta do adotante, ao juiz é facultado a possibilidade de deixar de aplicar a pena. Neste sentido, mesmo tratando-se de conduta reprovável, o legislativo

previu a possibilidade de perdão judicial em observância ao grande valor social que possui a adoção, mesmo que realizada de forma clandestina.

Destaca-se, preliminarmente, que a adoção ilegal é comumente realizada, talvez, pela facilidade no procedimento de registro de pessoas naturais. De acordo com o artigo 54 da Lei de Registros Públicos, somente é necessário, para o registro de nascimento, uma declaração de nascido vivo - DNV, fornecida pelo hospital, ou quando nascido em casa, de um atestado do médico ou da parteira ou ainda o simples testemunho de duas pessoas que assistiram ao parto e atestem a gravidez, documentos estes, facilmente conseguidos. Quanto ao reconhecimento de paternidade unilateral, somente é necessária declaração conjunto do suposto pai biológico e da genitora da criança, caso ainda não tenha pai registral.

Outrossim, são vários os motivos possíveis que levam os adotantes a preferirem agir desta maneira delituosa, dos quais ressaltam-se a morosidade do judiciário e seus entraves burocráticos, insegurança jurídica na judicialização dos processos de adoção *intuitu personae* pela falta de previsão legal e entendimentos retrógrados da obrigatoriedade de prévio cadastro no CNA, conforme já debatido no tópico anterior.

Ademais, denuncia-se ainda a falta de estruturação do poder público, principalmente nas regiões interioranas do país, para providenciar apoio e prestar as devidas informações acerca dos trâmites legais envolvidos nos processos de adoção.

Entretanto, de modo diverso do que ocorre na adoção *intuitu personae*, após sentença procedente transitada em julgado, os adotantes correm o risco de responderem por processo de anulação do registro de nascimento da criança, além das sanções penais.

Evidente que, conforme se vem defendendo no presente trabalho, os laços afetivos devem ser veementemente protegidos. Esse também é o entendimento de Bordallo (2015, p. 352), conforme se observa a seguir:

A importância do afeto, seu reconhecimento como valor jurídico, vem sendo construído pela doutrina e jurisprudência mais modernas, que começam a aceitar as novas ideias difundidas pelo Instituto de Direito de Família (IBDFAM). O afeto é o componente mais importante nas relações familiares, pois lhe dá sustentação. É ele que mantém as relações conjugais e paterno-filiais. Sem afeto a família não será família, mas uma instituição a qual se poderá dar qualquer outro nome.

Não obstante, a adoção “à brasileira” deve ser sempre analisada sobre o prisma do superior interesse no menor, no sentido de preservar a relação socioafetiva já consolidada. No sentido de que, o adotante, sabendo que reconheceu como seu, filho de outrem, não poderá se valer deste fato para, em um futuro, tentar anular o registro da criança por qualquer que seja o motivo (Bordallo, 2015, p. 353).

Em sentido contrário, contudo, o STJ já teve a oportunidade de decidir quando o interesse de recuperar sua filiação biológica partiu do próprio adotado:

1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada ‘adoção à brasileira’.
2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de ‘erro ou falsidade’ (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de ‘adoção à brasileira’, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.
3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada ‘adoção à brasileira’, independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada ‘adoção à brasileira’.
4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente” (REsp 1.167.993/RS, 4.^a Turma, rel. Luis Felipe Salomão, j. em 18.12.2012).

Todavia, o registro do filho alheio como se seu fosse, é situação incorreta que jamais deve ser incentivada, principalmente sob o argumento de que é menos trabalhoso do que ingressar com ação de adoção.

O superior interesse do menor deve ser observado e, para tanto, faz-se necessário que seja possibilitada uma análise psicossocial acerca dos motivos que levaram os genitores a escolherem pela entrega da criança aos adotantes e se esses possuem todas as condições necessárias para prover um desenvolvimento saudável

ao infante. Devido ao lapso temporal, o parecer social poderá ficar comprometido pela forte relação afetiva desenvolvida.

Apesar de a entrega direta da criança à terceiros se assemelhar ao que ocorre com a adoção *intuitu personae*, é a ação posterior tomada pelos adotantes que difere as duas modalidades. Há sempre que se buscar o aperfeiçoamento do processo de adoção como um todo e não incentivar o uso de meios ilegais para obtenção deste resultado.

Em conformidade com o que se tem defendido no presente trabalho, deve-se buscar os instrumentos legais que eliminem o medo das pessoas de utilizarem a forma correta de regularização da situação fática e afetiva que vivenciam. Para tanto, deve-se aceitar as adoções *intuitu personae* como modalidade legítima de colocação em família substituta, todavia, passíveis do controle judiciário na busca da proteção dos infantes e do núcleo familiar na manutenção dos laços afetivos já consolidados.

5.2 As relações de afeto como fundamento para a flexibilização dos requisitos formais e materiais do adotante

Seguindo todas os argumentos e possibilidades discutidas nos tópicos anteriores, percebe-se que em todas as decisões tomadas pelo Estado deve-se sempre levar em consideração os interesses objetivos dos menores, no sentido de buscar a satisfação das necessidades da criança ou do adolescente, fornecendo todas as condições que possibilitem o seu desenvolvimento digno como cidadão.

Neste sentido, de acordo com a doutrina da Proteção Integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, a adoção, independentemente de sua modalidade, deve buscar, primeiramente, assegurar e preservar os direitos e os interesses do menor. O titular do direito é a criança ou o adolescente, os interesses dos adotantes devem ser levados em consideração, entretanto, de modo algum, devem prevalecer.

Ademais, o uso do CNA é útil, pois facilita o encontro de dados compatíveis da criança com possíveis interessados em adotar, o que tornaria mais ágil todo o processo. Outrossim, para se inscrever no referido cadastro é necessário que antes se faça um curso e passe por entrevistas sociais, o que, de certo modo, já é meio passo para comprovação de que os adotantes possuem condições de pleitear uma futura adoção.

No entanto, conforme já exposto em momento anterior, apesar da importância do cadastro, em alguns casos específicos a observância dele não deve ser prioridade para determinar a adoção, com a possibilidade de se mostrar totalmente contrário aos propósitos de sua criação.

Por conseguinte, uma das hipóteses de desconsideração do cadastro, é quando já houver consolidados vínculos afetivos entre o requerente à adoção e o infante. Este tem sido o posicionamento cada vez mais comum em julgados e por parte da doutrina, conforme se observa no ensinamento de Dias (2009, p. 508):

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

Ainda sobre a importância dos laços afetivos entre os envolvidos, tem-se a lição de Veronese e Oliveira (1998, p. 126):

O vínculo afetivo é um elo, um laço que se estabelece entre um indivíduo e outro, e faz com que se sintam atraídos reciprocamente. A constituição desse vínculo não se dá de modo instantâneo. Deverá ser formada, construída, conquistada continuamente [...] A manutenção do vínculo se dá entre esses indivíduos a partir de experiências de segurança em relação ao sentimento do outro, da sensação de unicidade diante do outro, devendo ser constantemente nutrida e relevada ao outro, durante todo o desenvolvimento desse processo.

Com ambos os ensinamentos, infere-se que não só os laços afetivos são importantes como devem ser protegidos, pois neles estão repousadas todas as relações familiares saudáveis. A própria Constituição Federal de 1988 definiu a família como a base da sociedade, sendo merecedora de proteção especial do Estado.

Contudo, cumpre salientar que a família não deve ser entendida apenas entidade formada pelos vínculos biológicos, mas também em relação aos liames afetivos delineados entre aqueles que compõem a unidade familiar. Destarte, o artigo 1.593 do Código Civil de 2002 dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

O termo “outra origem” utilizado pelo legislador abrange várias hipóteses, como a adoção, a filiação existente de técnicas de reprodução assistida e o parentesco socioafetivo, este último pode ser verificado através da existência de uma

convivência duradoura, de um tratamento afetivo parental, bem como a ocorrência da entrega direta realizada pela genitora, conforme o seguinte julgado do STJ:

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

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

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

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

(REsp 1172067/MG, rel. Massami Uyeda, j. em 18 de mar. 2010)

No acórdão, observa-se uma relativização do CNA em observância ao vínculo afetivo do menor com os adotantes, o que, objetivamente, atenderia ao princípio de superior interesse do menor. No caso concreto, a criança já tinha passado oito meses sob a guarda de fato dos postulantes, tempo este julgado suficiente pelo Ministro.

Ocorre que, este também é um dos principais problemas enfrentados nos processos de adoção *intuitu personae*. Já se tem o entendimento pacificado, pode-se dizer assim, de que se deve buscar a manutenção dos vínculos já consolidados. No entanto, após a entrega da criança, qual o tempo a ser considerado como suficiente para que tenha ocorrido a afetividade entre os envolvidos ao ponto de causar prejuízo à criança? No caso analisado, foi de oito meses, todavia, não se pode ter esse como um valor absoluto.

Analisando o referido julgado de forma mais aprofundada, tem-se que o motivo que provocou a intervenção do STJ foi o entendimento do Tribunal de origem em achar que o período foi insuficiente e julgou pela imediata busca e apreensão para acolhimento da criança. Nesse simples julgado, tem-se que a falta de uma regulamentação da adoção *intuitu personae* pode causar incontáveis prejuízos para a criança, apesar de atualmente ser juridicamente possível a referida modalidade.

Deste modo, a obrigatoriedade do CNA e a observância indiscriminada de sua lista de pretendentes pode causar afronta direto à doutrina de proteção integral e do princípio do superior interesse do menor, que possivelmente já criou uma relação consistente de afeto com o adotante. A jurisprudência tem se mostrado com o entendimento correlato com o da doutrina, ao mitigar a ordem legal presente no § 13 do art. 50.

Em consequência, tem-se que quando uma criança se encontrar sob a guarda de fato de alguém que não esteja previamente habilitado, é necessário que seja feito um acompanhamento pela equipe técnica do juizado, antes de que se decida pela retirada imediata da criança do seu convívio familiar, somente posteriormente a este estudo, é que o juiz pode tomar esta decisão mais drástica.

5.3 A estigmatização da genitora no procedimento de entrega do filho para adoção

A adoção, principalmente na modalidade *intuitu personae*, inicia-se a partir da entrega do filho pelos genitores. Assim, para a análise completa do instituto, faz-se necessário uma tentativa de compreensão das condições e motivos dessas mães que decidiram pela transferência de seu poder familiar.

Antes do ato de entrega, a atitude da mãe biológica pode ser vista pelos pretendentes a adoção, por seus familiares ou mesmo pelo genitor da criança como verdadeiro ato de amor e abdicação que resultará no melhor ao filho.

O respeito pela vontade da genitora de entregar o menor à adoção é essencial para que o filho não seja também punido, pois, em certos casos, em nenhum momento lhe é apresentada alternativa e o encargo pelo sustento e cuidado com o filho caem integralmente sobre essa mãe.

Contudo, após a entrega, a sociedade a condena com toda a ferocidade, transformando a genitora em alguém digna de pena, desumana e sem preceitos morais. A única responsável pela concepção do filho é também considerada irresponsável por se encontrar sem condições financeiras, afetivas e psicológicas para criar o filho, apesar de passar 9 meses em contato direto.

Nesta linha de argumentos, é oportuno apresentar o posicionamento de Motta (2008, p. 23):

Preconiza-se, incessantemente, no processo de entrega-adoção a defesa dos interesses da criança, e o posicionamento mais comum diante das mães biológicas é de que elas não têm a mesma importância que o filho. Este posicionamento pressupõe que aquilo que ocorre com a mãe nada tem a ver com o filho e não o afeta. Há entretanto, crianças que são institucionalizadas porque suas mães não tem qualquer apoio quanto às pressões externas e internas sofridas. Essas crianças são provas viva de que cuidar da mãe significa cuidar do filho.

Entretanto, defende-se que a decisão da genitora em permanecer com a criança, mesmo se autodeclarando incapaz de prestar todas as condições mínimas necessárias para um desenvolvimento humano ao filho, pode acarretar prejuízos até mais graves do que se ela optasse pela adoção.

É imperioso destacar que não se está aqui defendendo que a genitora não deva tentar a todos os custos criar seu filho e muito menos criminalizando a pobreza. Não obstante, está se defendendo, em contrapartida, a decisão da mãe em entregar o filho para adoção sem que sofra socialmente por isso.

O que se tem evidenciado é que, infelizmente, quando ocorre uma tentativa desta genitora em forçar efetivação da guarda do filho, esta pode culminar em maus-tratos, descaso ou posteriores abandonados, além de privarem o filho de exercer o direito de uma convivência familiar e comunitária saudável. Por vezes, essa pressão social

sofrida pelo ato de entrega para adoção pode ser também a responsável pela atitude da mãe em não o fazer, até mesmo pela vergonha que porventura, poderá sofrer.

A sociedade tem encarado a entrega efetuada pelos genitores como se estes cometessem algum crime. Não se tenta, antes do julgamento social, pelo menos entender a ação da mãe, ao aceitar que não possui condições de cuidar da criança e opta pela entrega direta. Às vezes, a mãe se encontra abandonada, sem apoio por parte do genitor, reflexo de uma sociedade essencialmente patriarcal em que a responsabilidade pelo cuidado do filho recai quase que imediatamente e integralmente à genitora.

Abdicar de seu filho, por vezes, pode significar verdadeiro ato de amor, uma vez que a genitora busca aquilo que entende melhor para o filho e que não possui condições de fornecer. Outrossim, a decisão de entregar um filho pode ser consequência de vários fatores, desde a rejeição à criança, encontrar-se frustrada pelo amor e desejo de amamentar, além do que se já antecipou, da genitora se achar impossibilitada de criar o filho (Motta, 2008, p. 26).

Não obstante, o questionamento sobre as razões para que uma mulher entregue o filho parece não ter muita relevância social, somente aceita-se, erroneamente, a ideia de que a criança foi simplesmente abandonada ou rejeitada. Perpetua-se o estigmatismo de total rejeição sofrida pelo adotado, o qual, sente-se culpado pela situação em que vive (Motta, 2008, p. 29).

Outrossim, importante lembrar da hipótese em que a genitora é ainda adolescente e pode sofrer influência direta dos pais, no intuito de forçá-la a proceder a entrega do filho à adoção, mesmo contra a sua vontade, contudo, vê-se sem apoio e condições para criar a criança. Esta também pode ser hipótese em que culminará com a entrega direta e adoção *intuitu personae*, conforme lembra Motta (2008, p. 30):

A menoridade pode implicar também em que a mãe biológica, tendo ocultado dos pais sua gravidez, proceda a entrega direta da criança fora do processo legal e, pronto, sem direito e sem possibilidade de ter acesso a qualquer tipo de assistência, seja quando tomada de sua decisão, seja depois de tomá-la.

Primeiramente, para se combater a estigmatização sofrida pela genitora é necessário analisar a utilização do termo “abandono”, uma vez que este revela uma postura preconceituosa e paradoxal em relação à mãe ou pai que “renuncia” ao direito de criar seu filho, de modo que sua aplicação indiscriminada se baseia numa postura

de ignorância em relação à entrega do filho em adoção, seus motivos e a multiplicidade de fatores envolvidos nesse ato (Motta, 2008, p. 41).

Historicamente, os termos “abandonadas”, “rejeitadas” eram utilizados para denominar as crianças deixadas nas chamadas “rodas de expostos”. De tal modo, a utilização da palavra abandono alimenta no imaginário social a ideia de uma criança sendo colocada em situação de risco ou prejudicada de alguma maneira.

Na maioria dos casos, o que se observa é exatamente o oposto, na qual situação de risco não se verifica, posto que a genitora escolheu um terceiro a quem confia seu filho para que este pudesse proporcionar-lhe as condições básicas para o seu desenvolvimento saudável.

É importante estabelecer, portanto, que a entrega de uma criança difere em muito do seu abandono, principalmente quando a entrega configura um ato de proteção, conforme se tem verificado nos julgados de processos com pedido de adoção *intuitu personae*.

Deste modo, o termo entrega se parece o mais adequado para o ato em que consiste na desistência da mãe de criar o filho. Motta (2008, p. 41) define brilhantemente o que seria a entrega e porque este termo deveria ser utilizado em detrimento do abandono:

A entrega se define pelo ato de passar às mãos ou à posse de alguém, confiar algo, transmitir ou ceder algo a alguém. Assim sendo, a utilização do termo entrega, em detrimento de abandono, implica uma postura livre de juízos de valor moral sobre a pessoal da mãe que entrega o filho em adoção.

Por fim, ainda com o supedâneo dos ensinamentos de Motta (2008, p. 60), tem-se uma reflexão e indagações acerca dos motivos e situações em que a mãe se separa de seu filho:

Como situar em relação à crítica feroz aquelas jovens solteiras pressionadas pela família, abandonadas pelo parceiro, sem emprego e às vezes sem lugar para morar?

Onde situar aquela mulher que já cria sozinha algumas crianças e que não recebe auxílio de qualquer espécie, seja moral, afetivo, ou econômico?

O que dizer daquela que foi abandonada em função da gravidez e que não tem qualquer assistência que auxilie a superar seus próprios dramas e traumas para que possa estabelecer um contato, uma vinculação positiva com aquela criança que ela considera responsável pela sua desgraça?

Não podemos mais afirmar que aquela mulher, que vinte anos depois de separada de seu filho anda observando jovens pelas ruas buscando reconhecê-lo, o tenha repellido, repudiado, enjeitado, abandonado, simplesmente porque não lhe tinha amor.

Podemos declarar com tranquilidade sobre a mulher que nem sequer pôde ver o bebê que entregou. Que tem pesadelos recorrentes com um bebê sem

rosto; que se desespera por não ter como elaborar seu luto; que ela desprezou, repudiou seu filho?

Não se pode conceber a ideia de que a genitora deva a todo custo forçar uma convivência familiar em que ela saiba não ser capaz de nutrir, pois não possui a mínima condição social e psicológica de exercer seu poder familiar, inserindo, deste modo, o menor em um ambiente hostil. Enquanto essa mãe prorroga uma impossível convivência com a família natural, a criança perde oportunidades reais de adoção.

Do mesmo modo, não se pode classificar como mais correta e menos reprovável a atitude da genitora, que mesmo admitindo não possuir condições de possibilitar um desenvolvimento saudável ao filho não o quer ver adotado. Sendo o acolhimento institucional, sua válvula de escape, ao transferir sua responsabilidade para o abrigo e aparecendo periodicamente para visitas rápidas.

O ato de entrega do filho para adoção merece ser entendido, por muitas vezes, como a única maneira possível de evitar a institucionalização do menor ou a entrega deste a membro da família que sequer manifestou interesse na guarda da criança em momento anterior.

Assim, compreende-se que ao entregá-la para a adoção a genitora está buscando o superior interesse da criança e não o seu próprio ou mesmo o interesse dos possíveis adotantes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado neste estudo, observa-se a exposição de alguns dos mais importantes aspectos relativos a ocorrência da adoção no país, levando-se em consideração a análise realizada por alguns autores renomados bem como através dos preceitos Constitucionais, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei 12.010/2009.

Desta forma, embora tenha surgido com um viés religioso, a adoção foi transformando-se ao longo dos tempos até chegar a esta atual conjuntura eminentemente assistencialista, podendo ser conceituada como um ato jurídico com objetivo de formar um vínculo de parentesco civil entre adotante e adotado. Tal instituto divide-se em adoção nacional, que se subdivide em unilateral, bilateral póstuma e *intuitu personae* e a adoção internacional.

Consoante a isso, ao abordar-se mais especificamente acerca da adoção *intuitu personae*, a qual não aparece expressamente na legislação infanto-juvenil, passa-se a compreendê-la a partir do princípio do melhor interesse da criança. Essa modalidade surge como medida excepcional, uma vez que o instrumento padrão de adoção é por meio do cadastro, o qual representa uma importante maneira de aproximação entre adotantes e as crianças e adolescentes.

Nesse sentido, essa modalidade de adoção representa, por conseguinte, a aceitação dos pais biológicos em colocar o filho em uma família substituta posto que, indicam quem será o adotante, ou seja, os próprios pais determinam a pessoa para a qual irão entregar seu filho, por isso a referência ao termo *intuitu personae*, que significa em razão da pessoa, ou pessoa.

O cadastro de adotantes tem sua relevância como facilitador da adoção, contudo, este deve ser relativizado em determinados casos, uma vez que, deve se priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente. Evita-se, com isso, que esse cadastro se torne apenas uma maneira de definir uma lista de nomes a ser seguida para que, futuramente, os adotantes possam decidir qual o perfil de criança que mais os agradou.

Todavia, observa-se que a realidade da adoção no Brasil possui, em grande parte, uma maioria de crianças e adolescentes que são acolhidos institucionalmente à espera de uma família e que se encontram totalmente fora dos

padrões de escolha dos adotantes por uma série de fatores sociais e culturais, seja em razão da idade, cor, sexo e entre outros determinantes.

A realidade, nesse sentido, é que as demandas jurídicas, quando no mundo fático, não devem pautar-se apenas na lógica normativa, outras questões que extrapolam as normas e leis vigentes, devem ser também levadas em consideração pelos operadores do Direito para que os mesmos tenham além do conhecimento técnico e profissional, a sensibilidade e humanidade para decidir sobre questões tão particulares e pessoais que tratam acerca do futuro de uma criança e seu perfeito desenvolvimento físico mental e social.

Sendo assim, não pode prevalecer de forma absoluta a questão cronológica da preferência por perfis de pais adotantes para determinadas crianças, em detrimento da criação de vínculos e laços de afeto, amor e respeito entre os adotantes e adotados ainda que o mesmo não faça parte de um prévio cadastro. Logo, havendo um sólido vínculo entre adotante e adotado, deve-se amenizar a importância do rigor da lista prevalecendo a ligação entre ambos.

Desta forma, a adoção *intuitu personae* é um meio legítimo para garantir o direito da criança e do adolescente de ter um lar saudável para a formação de um ser humano pleno, com apoio moral, físico e material, evitando-se adolescentes e crianças institucionalizadas, que devem necessariamente ingressar em uma família substituta através do Cadastro de Adolescente, onde exige-se um perfil pré-determinado.

Porém, é importante que haja uma regulamentação prévia, levando-se em conta, prioritariamente, o superior interesse da criança, a fim de que decisões arbitrárias não sejam deferidas e nem decisões que vão de encontro ao superior interesse da criança e do adolescente. Ademais, a escolha dos terceiros pelos pais também deve ser levada em consideração haja vista que ainda se encontram no pleno exercício do poder familiar.

Uma vez que o laço criado entre o adotante não cadastrado e o adotado, mesmo que formado de forma diversa do previsto na lei, representa uma verdade afetiva que permite segurança e estabilidade emocional da criança, cabe à autoridade judiciária, por meio do trabalho da equipe multiprofissional, verificar e avaliar quais os danos sociais, psicológicos e morais que poderão ocorrer com aquele menor caso o mesmo seja retirado da família na qual convive.

Toda decisão que envolve, direta ou indiretamente, a vida de uma criança ou adolescente deve ser tomada com toda cautela possível, utilizando-se de todos os meios disponíveis para prevenir possíveis danos que possam sofrer. Deste modo, a proteção integral dos jovens é dever de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho e MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Instituiu o código de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 12 de outubro de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CNJ. **Cadastro nacional de adoção**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-adocao/guia-usuario-adocao.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2016.

CNJ. **Consulta pública de crianças para adoção cadastradas no cadastro nacional de adoção**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cna/View/consultaPublicaView.php>>. Acesso em 23 nov. 2016.

CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso e MARÇURA, Jurandir Noberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 20 jan. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.2874/2013. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUEIROS, Dalva Azevedo. **Adoção consentida do desenraizamento social da família à prática de adoção aberta**. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães Abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE, Miguel. **Lições pré-liminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIMÕES, Felipe Vargas. **Família, afeto e sucessão**. 2007. 139 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. São Paulo, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciane Cássia. Revista da faculdade de direito da universidade federal de Santa Catarina: **Adoção e relações familiares**. Porto Alegre: Sintese, 1998.

VICENTE, Cenise Monte. **O direito à convivência familiar e comunitária**: uma política de manutenção do vínculo. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug (org.). Família brasileira: a base de tudo. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2010.