

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* EM DETRIMENTO DA ORDEM CADASTRAL:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO PARADIGMA DA SOCIOAFETIVIDADE**

EDUARDA SANTOS DE SOUSA

FLORIANÓPOLIS

2013

EDUARDA SANTOS DE SOUSA

**A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* EM DETRIMENTO DA ORDEM CADASTRAL:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO PARADIGMA DA SOCIOAFETIVIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: M^a Renata Raupp Gomes

FLORIANÓPOLIS


2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

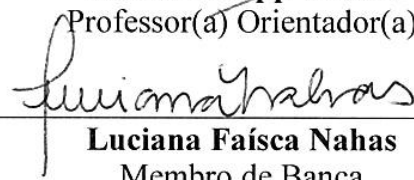
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A adoção *intuitu personae* em detrimento da ordem cadastral: uma análise a partir do paradigma da socioafetividade**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Eduarda Santos de Sousa**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

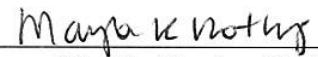
Florianópolis, 5 de Julho de 2013



Renata Raupp Gomes
Professor(a) Orientador(a)



Luciana Faisca Nahas
Membro de Banca



Mayla Regina Rathje
Membro de Banca

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da professora orientadora, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Márcio João de Sousa e Kátia Regina dos Santos de Sousa, e ao meu irmão, João Frederico de Sousa Neto, que sempre estiveram ao meu lado e confiaram na minha capacidade.

Ao meu amor, meu companheiro, Douglas Dellazari, que me deu grande apoio no decorrer desta etapa.

Agradeço, ainda, à professora Renata Raupp Gomes, minha orientadora, que aceitou supervisionar este trabalho.

“Um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será pai. Por isto podemos dizer que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada à função, escolha, enfim, ao Desejo.”

Rodrigo da Cunha Pereira

RESUMO

Esta monografia possui o objetivo de analisar juridicamente a situação em que ambos os genitores ou, mais comumente, a mãe biológica, entrega o filho a outrem que passa a exercer a guarda de fato da criança ou do adolescente. Para tanto, busca-se na doutrina e na jurisprudência o critério utilizado nos casos em que é deferida a adoção em favor de pessoas não inscritas no cadastro de adotantes. De acordo com o imperativo da proteção integral, após a Constituição de 1988, o adotando passou a ser o foco no processo de adoção, motivo pelo qual o importante não é obter uma criança para uma família, mas antes, resguardar às crianças e aos adolescentes que esperam pela adoção o direito de terem uma família. Discute-se a necessidade de se dar efetividade ao cadastro de pretendentes à adoção, nos moldes do que impõe o artigo 50, *caput* e parágrafos, do Estatuto da Criança e do Adolescente, frente à sua flexibilização, com respaldo no princípio do melhor interesse, em situações excepcionais de formação de vínculo afetivo entre o adotando e os guardiões de fato, a fim de se garantir que a criança ou o adolescente não sofra os efeitos maléficos da separação ou da perda dessa convivência.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Adoção *intuitu personae*. Cadastro de adotantes. Guarda de fato. Vínculos afetivos. Filiação socioafetiva. Princípio do melhor interesse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO	12
1.1 Conceito e natureza jurídica	12
1.2 Finalidades.....	17
1.3 Características.....	19
1.4 Modalidades	25
1.5 Requisitos	35
2 A CRIAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO CADASTRO DE ADOTANTES COMO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	40
2.1 O fenômeno da constitucionalização do Direito de Família e seus novos princípios orientadores	40
2.2 Os cadastros de adotantes, de adotandos e as exceções legais à obrigatoriedade de habilitação prévia.....	49
3 A SOCIOAFETIVIDADE COMO JUSTIFICATIVA DE INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DO CADASTRO DE ADOTANTES.....	61
3.1 A adoção <i>intuitu personae</i> e seus aspectos controvertidos	61
3.2 A proposta dos Projetos de Leis n. 1.212/2011 e n. 1.917/2011	74
3.3 Precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça	77
CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

O estudo a que se propõe abordar com o presente trabalho envolve o instituto da adoção – na esfera da infância e juventude (adoção estatutária) –, com enfoque na adoção *intuitu personae*, colocando-se em pauta a possibilidade ou não da retirada de criança ou adolescente, em situação de adoção irregular, do convívio dos seus guardiões de fato.

A questão ganha evidência em virtude da imposição legal da inscrição anterior como pretendente à adoção, para que se estabeleça uma sequência cronológica de adotantes e cada candidato aguarde a sua vez até ser chamado, na medida em que apareça disponível uma criança com as características que estipulou ao se habilitar.

Tal exigência tornou-se condição necessária para se pleitear a adoção somente com a Lei n. 12.010/2009, intitulada nova Lei da Adoção, já que antes, embora o cadastro de adotantes fosse previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não havia a regulamentação detalhada de como se concretizaria.

A escolha do tema foi decorrente da experiência vivenciada pela autora como estagiária no Gabinete do Desembargador Substituto Gilberto Gomes de Oliveira, integrante da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Em contato frequente com casos pertinentes à adoção *intuitu personae*, com destaque especial para o Agravo de Instrumento n. 2011.003230-0, a ser explicitado no último capítulo, surgiu grande interesse da autora nesta pesquisa, mormente ao assistir a sessão de julgamento do referido recurso e sopesar os argumentos divergentes levantados pelos desembargadores.

O embate travado reside na possibilidade ou não de se viabilizar uma adoção irregular, vez que originada em guarda de fato, já que os genitores da criança entregaram-na aos cuidados de terceiros, à margem do controle do Poder Público. De um lado, clama-se pelo respeito ao cadastro de pretendentes à adoção e pela ilegalidade da preterição da ordem dos adotantes inscritos. De outro, chama-se atenção ao fato de que a concessão da adoção *intuitu personae* é uma forma de agilizar o processo adotivo e melhor amparar os interesses do adotando, reduzindo-se o impacto originado pelo grande número de crianças e adolescentes que aguardam uma família substituta. A decisão deverá necessariamente levar em consideração a existência ou não de laços de afinidade já formados, sem se perder de vista que tal ponderação tem que ser realizada sob a ótica do adotando, de acordo com o mandamento constitucional da proteção integral, e não dos interessados na adoção.

Para uma melhor compreensão quanto à estruturação da presente monografia, impende comentar que será composta por três capítulos, divididos da maneira a ser exposta brevemente a seguir.

No primeiro capítulo, abordar-se-á os aspectos gerais da adoção, analisando-se questões preliminares, como conceito, natureza jurídica, finalidades, características, modalidades e requisitos exigidos para a sua concessão, que lançarão as bases para a discussão central.

No segundo capítulo, adentrar-se-á na análise mais pormenorizada de um dos requisitos para a efetivação da adoção, que é justamente a habilitação dos candidatos em cadastro próprio. Para a compreensão do objetivo da criação do cadastro de adotantes e sua importância, reportar-se-á ao momento histórico da constitucionalização do direito de família – com a elucidação dos seus novos princípios orientadores, dentre os quais se realça o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente –, do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e do surgimento da Doutrina da Proteção Integral. Após, examinar-se-á as modificações trazidas pela Lei n. 12.010/2009, principalmente, no que tange ao procedimento burocrático para a habilitação como adotante e, ainda, as exceções legais à obrigatoriedade de cadastramento prévio.

No terceiro capítulo, avaliar-se-á a socioafetividade como fundamento para a inobservância da ordem disposta no cadastro de pretendentes à adoção. Para tanto, retomar-se-á o conceito de adoção *intuitu personae* e a análise do princípio do melhor interesse para, então, tratar dos aspectos polêmicos trazidos pela doutrina sobre a matéria, à luz da constituição do vínculo afetivo formado entre o adotando e seus guardiões de fato. Depois, discutir-se-á os Projetos de Lei n. 1.212/2011 e n. 1.917/2011, em trâmite na Câmara dos Deputados, cuja proposta é a possibilidade de a mãe biológica, no processo de adoção, escolher os adotantes de seu filho. E, por fim, apresentar-se-á o posicionamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

Cumprindo ainda ressaltar que as considerações pessoais da autora serão arrematadas na conclusão, com a exposição das suas inferências particulares acerca da afetividade como fundamento a justificar a adoção *intuitu personae*.

Em tempo, salienta-se que, com a presente monografia, não há pretensão de esgotamento do tema, mas de enfatizar o debate que se impõe sobre assunto de inegável relevância social.

O método científico utilizado será o dedutivo, pois se almeja perquirir a importância do afeto na formação do indivíduo, de modo a comprovar a viabilidade do deferimento da adoção *intuitu personae* em favor da pessoa ou do casal que detenha a guarda de fato do adotando, diante da filiação socioafetiva constituída.

Como procedimento instrumental será aplicada uma pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica. Qualitativa, porque não visa à coleta de dados, mas sim à compreensão de institutos, conceitos e fenômenos. Exploratória, pois objetiva coligir informações e reflexões acerca do tema proposto. E bibliográfica, uma vez que pretende fundar-se na doutrina, em artigos científicos e na jurisprudência.

1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

1.1 Conceito e natureza jurídica

O termo adoção é proveniente do latim *adoptio*, que significa na língua portuguesa tomar alguém como filho.¹ Juridicamente, a doutrina vem estabelecendo conceitos diferenciados para o instituto.

Caio Mário da Silva Pereira o conceitua como “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.²

Arnoldo Wald define adoção como uma ficção jurídica que cria o parentesco civil, através de um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente.³

Orlando Gomes não discorda:

Adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta.⁴

Silvio Rodrigues, por sua vez, entende a adoção como “o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.⁵

Todas as ideias, por mais variadas, convergem para um ponto comum: a adoção cria vínculo jurídico de filiação. A esta modalidade de filiação dá-se o nome de parentesco civil, constituído pela lei, pois a par de qualquer laço de consanguinidade, cria uma nova realidade jurídica e uma nova relação de filiação.⁶

¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 259.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5. p. 392.

³ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família**, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 369.

⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 380.

⁶ BORDALLO, op. cit., p. 259.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acrescentam:

A adoção confere a alguém o estado de filho, para todos os fins e efeitos. Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no “afeto”, na “ética” e na “dignidade” das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.⁷ (grifos no original)

A adoção consagra, então, a filiação socioafetiva, calcada não no fator biológico, mas no fator sociológico. Segundo Maria Berenice Dias, a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade.⁸ Conforme Arnaldo Rizzardo, confere-se a filiação a quem não pode fisicamente – ou não quer – conceber.⁹

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

Embora as causas sejam diferentes, não se consegue distinguir os laços que se formam entre filhos criados por aqueles que não os geraram e entre filhos criados pelos pais biológicos. O vínculo parental, embora o consanguíneo decorra da própria natureza biológica, necessita da intervenção normativa para ingressar no direito.¹⁰

Não se pode desvincular a adoção de seu caráter afetivo e volitivo, pois é modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção. Sobre esse aspecto, Maria Berenice Dias sustenta que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”.¹¹ Nesse pensar, a doutrinadora destaca que “o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas”.¹²

Farias e Rosenvald defendem que a adoção é gesto de amor e do mais puro afeto. Rechaçam, com isso, a falsa compreensão do instituto como uma mera alternativa para aqueles que não tiveram filho por meio do mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustração da procriação via método sexual.¹³

Como se vê, o conjunto de definições do termo adoção é amplo e aberto, inexistindo conceituação única que se sobreponha. Com a conjugação das contribuições aqui

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 962.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 458.

¹⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

¹¹ DIAS, op. cit., p. 484.

¹² Ibidem, p. 484.

¹³ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 961.

amealhadas, chega-se a um conceito completo e didático: adoção é o ato jurídico que, através de uma ficção jurídica e, obedecidos os requisitos legais, uma pessoa, dita adotante, conduz à sua família, na condição de filho, outra pessoa, geralmente estranha à família do adotante e nominada adotando, independentemente da existência de relação de parentesco consanguíneo ou afim, criando-se entre as partes o vínculo da filiação, vínculo esse fundado no afeto.

No tocante à natureza jurídica do instituto, vale salientar que a matéria é questão controvertida entre os doutrinadores, principalmente pelas distintas funções exercidas antes e depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Galdino Augusto Coelho Bordallo lista cinco correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica da adoção: a primeira entende a adoção como uma “instituição”; a segunda considera a adoção um “ato jurídico”; a terceira explica a adoção como um “ato de natureza híbrida”; a quarta traduz a adoção como um “contrato”; a quinta a conceitua como um “ato complexo”.¹⁴

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

No sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador.¹⁵

A adoção esposada pelo Código Civil revogado, de caráter contratual, dependia exclusivamente de manifestação de vontade das partes, em ato de direito privado, não havendo a interferência do Poder Público.

Destarte, como um contrato, a adoção exige, ainda hoje, o concurso de vontades, só que as partes não têm total liberdade para a regulação de seus efeitos, devendo, necessariamente, aderir ao esquema preestabelecido em lei. Daí a observação de que é uma instituição de base contratual, tendo natureza jurídica diversa, já que os interessados não detêm completa autonomia, eis que deverão ser observados os critérios e exigências legais.¹⁶

¹⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 259.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 363.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 373.

Ocorre que a mudança de paradigma provocada pela constitucionalização do direito civil, em especial do direito de família, também refletiu na alteração da natureza jurídica da adoção. Na visão de Gonçalves:

A partir da Constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.619 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei n. 12.010, de 3-8-2009. O art. 227, § 5º, da Carta Magna, ao determinar que, “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, demonstra que a matéria refoge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública.¹⁷

Ao contrário do preceituado pela adoção civil do Código de 1916, a adoção estatutária, além da manifestação das partes depende da outorga do Poder Público, pois somente se concretiza a partir de sentença judicial. Por essa razão, tem-se que atualmente está afastada a natureza jurídica meramente contratual da adoção, eis que há marcante interesse público, com participação ativa do Estado no processo. Nas palavras de Maria Berenice, “foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família”.¹⁸

Com o advento das mudanças sociais e legais provocadas pela Constituição de 1988, grande parte da doutrina passou a compreender a adoção como um ato complexo. Bordallo, filiando-se a essa corrente, justifica o seu posicionamento:

Para a sua formalização, a adoção passará por dois momentos: o primeiro, de natureza negocial, onde haverá a manifestação das partes interessadas afirmando quererem a adoção; um segundo momento, onde haverá a intervenção do Estado, que verificará da conveniência, ou não, da adoção. O primeiro momento se dá na fase postulatória da adoção, enquanto que o segundo se dará ao fim da fase instrutória do processo judicial, com a prolação da sentença. Para que se consuma e se aperfeiçoe a adoção, se fará necessária a manifestação de vontade do adotante, do adotando e do Estado.¹⁹

Farias e Rosenvald também enxergam na adoção um ato complexo, em virtude da exigência de diferentes momentos jurídicos para o seu aperfeiçoamento, além da necessidade de manifestação de vontade pelo adotando e pela imprescindibilidade de chancela estatal.²⁰

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 363.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 484.

¹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 260.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 964.

No entendimento de Artur Marques, de igual forma, a adoção é um ato jurídico complexo que estabelece vínculo de filiação, justificando:

É ato jurídico porque promana inicialmente da vontade autônoma das pessoas envolvidas. No entanto, os seus efeitos jurídicos, com base em uma situação de fato – interesse em adotar e colocação da criança ou do adolescente em família substituta –, se produzem *ex lege*, “sem desconsideração de uma correspondente de resultado do agente”. Deve ser mencionado que nem sempre as vontades são convergentes, pois os pais do adotando ou seus responsáveis podem oferecer resistência, bem como o Ministério Público. Daí a complexidade do ato, que exige o concurso de várias vontades, visando um fim comum, mediante um processo que culmina com a sentença constitutiva do vínculo paterno-filial.²¹

Maria Berenice, por sua vez, defende a corrente que trata a adoção como um ato jurídico, asseverando que “o estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção – ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial”.²²

Já Rolf Madaleno preconiza que, em decorrência de as regras aplicáveis à adoção serem, atualmente, ditadas pelo Poder Público, seu caráter é eminentemente institucional.²³ Rizzardo, na mesma linha, pertence à corrente que traduz a adoção como uma instituição, alegando que “cuida-se mais da adoção de um instituto jurídico, ou uma instituição dominada predominantemente pelo direito público, devendo subordinar-se mais à ordem pública e aos soberanos interesses da política traçada no cuidado de menores abandonados”.²⁴

Por fim, existe ainda aquela corrente para qual a adoção possui natureza híbrida, a exemplo de Maria Alice Lotufo, que conclui que a adoção apresenta-se como “figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituição, onde a vontade das partes, bem como o exercício dos seus direitos, encontram-se limitados pelos princípios de ordem pública”.²⁵

Pelo exposto, independente da corrente adotada, tem-se que a vontade que serve de impulso inicial à formulação do pedido de adoção, o consentimento das partes e a sentença judicial são elementos integrativos da constituição da natureza jurídica da adoção.

²¹ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64-65.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

²³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 471.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 458.

²⁵ LOTUFO, Maria Alice C. Zaratin Soares. **Adoção**: perfil histórico e evolução teleológica no direito positivo. 1992. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 57. Disponível em: <<http://www.sapientia.pucsp.br>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

1.2 Finalidades

A adoção é instituto que data das civilizações mais remotas, sendo instituída com a finalidade de dar filhos a quem não podia tê-los, a fim de que a religião da família fosse perpetuada.²⁶ Tal finalidade passou por transformações, ora prevalecendo os interesses do adotante e, atualmente, devendo se sobrepor os interesses do adotando.

De acordo com Bordallo:

Com o passar dos tempos, seu sentido se alterou, passando, nos dias de hoje, a significar o dar uma família a quem não a possui. Podemos efetivamente afirmar que a adoção evoluiu de um caráter potestativo para um caráter assistencialista.²⁷

A ideia central da adoção, inicialmente, quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, era contemplar especificamente os sujeitos que não podiam ter prole. Com a Constituição de 1988 e o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o objetivo se inverteu, passando a ser a proteção do menor desamparado, inserindo-o em família substituta, desde que observados os requisitos estabelecidos em lei e após a demonstração de que era o melhor para o adotando. Prepondera na norma estatutária o interesse da criança ou do adolescente, pois o foco agora é a formação de um lar para o adotando.²⁸

A legislação estatutária, em conjunto com o novel Código Civil, traz a noção de que o instituto da adoção tem a finalidade de constituição de família, norteada pela solidariedade e auxílio-mútuo, às crianças e aos adolescentes que, após diversas tentativas, não mantiveram vínculo com seus pais biológicos.²⁹

A adoção tem, contemporaneamente, a finalidade de oportunizar ao adotando a sua inserção em núcleo familiar, integrando-o efetiva e plenamente, de forma a assegurar a

²⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 250.

²⁷ Ibidem, p. 251.

²⁸ FURLANETTO, Carolina Dietrich. **Adoção: aspectos jurídicos e sociais e a viabilidade jurídica para os homossexuais**. 2006. 36 f. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 6. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/carolina.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

²⁹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família**, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200.

sua dignidade e suprir as suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive psíquicas, educacionais e afetivas.³⁰

Bordallo atribui essa mudança na finalidade da adoção à nova perspectiva trazida para o Direito de Família pela Constituição de 1988, acrescentando que os fins clássicos do instituto, quer dizer, dar um filho a quem não podia tê-lo naturalmente, foram alterados para, numa visão protecionista da adoção, buscar uma família para a criança ou o adolescente que não a possua, a fim de garantir o direito à convivência familiar, insculpido no Estatuto da Criança e do Adolescente.³¹

Farias e Rosenthal confirmam esse pensamento:

Trilhando as sendas abertas pelo constituinte (humanista e garantista), nota-se a adoção como um mecanismo de prestígio da convivência familiar, estabelecendo a relação filiatória por perspectiva afetiva, inserindo alguém em família substituta. Aliás, de todas as formas de inserção em família substituta, a adoção é a mais ampla e completa, propiciando o enquadramento de alguém no seio de um novo núcleo familiar, transformando o adotado em membro da nova família.³²

Gonçalves também aborda a evolução da adoção, ressaltando que ela passou a desempenhar papel de fundamental importância como instituto filantrópico de caráter humanitário, voltado não só a dar filhos a casais impossibilitados pela natureza de tê-los, como também possibilitar que cada vez mais crianças e adolescentes, sendo adotados, tenham um novo lar.³³

A Doutrina da Proteção Integral e a vedação de referências discriminatórias entre a prole biológica e a adotiva, após a Constituição de 1988, alteraram sobremaneira o panorama da adoção.³⁴ Hodiernamente, quando o assunto é adoção, vigora, portanto, a primazia do interesse da criança e do adolescente, o qual irá determinar o deferimento ou não do pedido de adoção. Isso demonstra a função social da adoção, que é a busca de uma família para menores desamparados. A adoção deixa, então, de ser tão somente uma maneira de perpetuar a família, para ser ferramenta de inclusão social e assistencial.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 961.

³¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 258.

³² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 962.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 365.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

1.3 Características

Dentre as características que qualificam o instituto, tem-se como principais a excepcionalidade, a irrevogabilidade e a plenitude da adoção.

A excepcionalidade da colocação do menor de idade em família substituta e, por consequência, da adoção, já era prevista no artigo 19 da Lei n. 8.069/1990, que garante à criança e ao adolescente o direito de ser criado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta. A Lei n. 12.010/2009, que acrescentou o § 1º ao artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, veio reforçar essa ideia, dispondo que “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

A alteração legislativa procurou conferir nova lógica ao direito à convivência familiar e comunitária, incumbindo aos atores do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente o máximo esforço para a preservação dos vínculos familiares.³⁵

Sobre a questão, Eunice Ferreira Rodrigues Granato comenta:

De fato, ao enfatizar essa disposição legal a excepcionalidade da medida e a obrigatoriedade de se esgotarem todos os recursos para se manter o adotando na família natural, dando a esta, ainda, uma extensão maior (art. 25, parágrafo único: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”), demonstra o legislador preocupação em priorizar sempre a família natural, deixando a adoção em segundo plano, considerando-a medida excepcional.³⁶

Assim, se houver necessidade, a retirada da pessoa em desenvolvimento do núcleo da sua família natural somente poderá acontecer em situações excepcionais, sendo, preferencialmente, provisória, presumindo-se a possibilidade de retorno, desde que as deficiências sejam supridas e as questões sociais trabalhadas.³⁷

Segundo Murillo Digiácomo, vale destacar a preocupação da nova lei em criar mecanismos adicionais destinados à orientação, apoio e promoção social das famílias, em

³⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193.

³⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 72.

³⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

cumprimento, inclusive, ao artigo 226, *caput*, da Constituição de 1988, que dispõe “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.³⁸

O roteiro a ser seguido é o seguinte. Primeiramente, deve-se colocar a criança ou o adolescente sob o regime de guarda ou tutela de membros de sua família extensa ou ampliada, abarcando parentes que mantenham vínculo de afinidade e afetividade com as pessoas em desenvolvimento. Há a eventual possibilidade de ser deferida a adoção nesse caso, desde que observada a vedação legal quanto aos ascendentes e irmãos. Se não for possível esse deslocamento para a família extensa ou ampliada ou, ainda que possível, não surta o efeito de reintegrar a criança ou o adolescente na família natural, permanecerá sob “acolhimento institucional”, aos cuidados de entidades de atendimento, responsáveis por sua inserção em “programa de acolhimento familiar” juntamente com todos os envolvidos. Finalmente, se não for possível a manutenção da convivência na família natural, por circunstâncias irreparáveis, ao Estado competirá, quando provocado em procedimento judicial específico, decretar a destituição definitiva do poder familiar e encaminhar a criança ou o adolescente para adoção.³⁹

Dessa forma, são passíveis de adoção crianças e adolescentes em que não foi possível a sua reintegração familiar ou que não tenham família natural.⁴⁰ Para alguns autores, o que há é apenas uma opção do Sistema de Garantia, que prima pelo regular desenvolvimento da criança, já que o processo de adoção pode se tornar, muitas vezes, desgastante para o adotando.⁴¹

Sob outro prisma, Maria Berenice faz a seguinte crítica à excepcionalidade da adoção:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa. Assim, a chamada Lei da Adoção não consegue alcançar os seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade

³⁸ DIGIÁCOMO, Murillo. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 193.

³⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

⁴⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 261.

⁴¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190.

da família natural (L. 12.010/09 1º § 1º e ECA 19 § 3º, 39 § 1º, 50 § 13 II, 92 I e II, 100 parágrafo único X, 101 § § 1º, 4º, 7º, 9º).⁴²

A doutrinadora afirma que não há dúvida de que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem lhes fez existir. Mas quando a convivência com a família natural se mostra inviável, melhor atende ao interesse daquele que a família não deseja, ou não pode ter consigo, ser entregue a quem sonha tê-lo como filho. Atenta, ainda, que a burocratização levada a efeito pela nova lei, veio atrasar o direito à adoção de quem não foi acolhido na sua família biológica.⁴³

Nessa esteira, Bordallo alerta que as tentativas de manutenção ou reintegração familiar não devem ser repetidas a tal ponto que a colocação em família substituta, principalmente na forma de adoção, torne-se impossível.⁴⁴

Passa-se à análise da próxima característica.

A Lei Nacional da Adoção trouxe para o § 1º do artigo 39 o caráter de irrevogabilidade da adoção, o que anteriormente já era imposto pelo artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Depois do trânsito em julgado da sentença, o vínculo não poderá ser dissolvido, mesmo que o adotado e o adotante concordem com a dissolução.⁴⁵ A adoção estatutária não admite a revogabilidade, tendo em vista que os laços de parentesco por ela constituídos possuem, pela lei, o mesmo valor daqueles formados biologicamente.⁴⁶

Bordallo elogia a atitude do legislador que disciplinou ser a adoção irrevogável, atrelando essa característica ao fato de estar sendo formada uma família, estar sendo concebido um filho através da adoção e ser este filho idêntico a qualquer outro, já que filho.⁴⁷ De igual forma, Josiane Veronese e Mayra Silveira interpretam como louvável a disciplina da

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 489.

⁴³ Ibidem, p. 489.

⁴⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 261.

⁴⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 106.

⁴⁶ Ibidem, p. 106.

⁴⁷ BORDALLO, op. cit., p. 258.

irrevogabilidade da adoção, pois “rompidos os laços com a família sanguínea, se revogada a família substituta, ficariam a criança e o adolescente destituídos de laços familiares”⁴⁸.

Se “o filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção”⁴⁹. A regra é, portanto, “rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece”⁵⁰. Como consequência, a relação paterno-filial estabelecida pela sentença de adoção transitada em julgado não se extingue pela superveniência da morte do adotando, tampouco o óbito do adotante implica no restabelecimento do poder familiar anterior, nos moldes do artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵¹

O rompimento do vínculo estabelecido pela adoção, entre o adotante e o adotado, poderá ocorrer apenas pela destituição do poder familiar, nas hipóteses legais, com a observância do devido processo legal.⁵²

A adoção, tecnicamente, é um instituto que torna possível a união de pessoas, criando uma relação de ascendência e descendência entre o adotante e o adotado, a partir de um ato jurídico irrevogável.⁵³

Ao estudo da terceira característica, a plenitude.

A plenitude que aqui se refere é a plenitude de direitos e obrigações, significando que os filhos adotivos compartilham dos mesmos direitos e obrigações dos filhos biológicos do adotante. Nas palavras de Farias e Rosenvald:

O filho adotivo não é um filho de segunda categoria e não pode sofrer discriminação em relação aos demais filhos. Com o Texto Magno, o adotado passou a ser sujeito de direitos, de todos os direitos reconhecidos ao filho biológico. A relação jurídica filiatória determinada pela adoção tem as mesmas qualificações e direitos reconhecidos aos filhos decorrentes do elo biológico.⁵⁴

⁴⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 106.

⁴⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 258.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 258.

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 988.

⁵² *Ibidem*, p. 988.

⁵³ VERONESE; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁴ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 960.

Em razão de o adotado passar a integrar família substituta, seu relacionamento jurídico não se restringirá apenas com o adotante, mas com toda a sua família. Assim, todos os membros da família do adotante passam a ser parentes do adotado.

Preceitua o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

A adoção gera um parentesco entre adotante e adotado, denominado civil, conquanto equiparado ao consanguíneo (art. 226, § 6º, da Constituição de 1988). Um dos efeitos da adoção é o de atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho. Trata-se da aplicação concreta dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que não concebem qualquer tipo de preconceito para com aquele que foi adotado.⁵⁵

De acordo com Gonçalves:

Ela [a adoção] promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consanguíneos, inclusive sucessórios, desligando-o, definitiva e irrevogavelmente, da família de sangue, salvo para fins de impedimentos para o casamento.⁵⁶

A única ressalva quanto ao rompimento do vínculo entre o adotado e a sua família biológica é a relacionada ao matrimônio e seus impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil que, entre outras vedações, proíbe o casamento de ascendente com descendente, seja o parentesco natural ou civil.⁵⁷

Sobre os impedimentos matrimoniais, Bordallo pondera:

Os impedimentos matrimoniais, antes de constituírem comando jurídico formal, têm fundamento moral e religioso. Não há, do ponto de vista da natureza, qualquer óbice à procriação entre filhos e pais. Entretanto, para evitar o nascimento de crianças com doenças congênitas, bem como a descendência portadora de problemas físicos ou mentais, a Lei estabeleceu tais impedimentos.⁵⁸

Essa preocupação de ordem ética aplica-se tanto ao parentesco biológico quanto ao parentesco civil. Pelo princípio da igualdade, os impedimentos de casamento nas relações

⁵⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 317.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 386.

⁵⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 109.

⁵⁸ BORDALLO, op. cit., p. 318.

de parentesco biológicas estendem-se às relações de parentesco adotivas. Tais impedimentos são trazidos para o contexto da adoção para salvaguardar a finalidade do instituto.⁵⁹

Como corolário da atribuição da condição de filho, o sobrenome dos pais adotantes também é direito do adotando. Isso nada mais é do que consequência do princípio da isonomia entre os filhos. É natural que, após sua integração na família substituta, o adotado deseje exibir patronímico representativo de sua nova condição.⁶⁰ Essa questão ganha maior relevo principalmente quando os adotantes já têm outros filhos, devendo o sobrenome ser comum, para não gerar discriminação.⁶¹

No que toca à alteração do prenome, em exceção à regra sobre a imutabilidade do prenome, poderá eventualmente ser permitida. No geral, justifica-se quando o adotando é de tenra idade e os adotantes chamam a criança por nome diverso daquele constante em seu registro civil, passando a se identificar pelo novo vocábulo. A alteração tanto pode ser solicitada pelo adotante quanto pelo adotando, sendo no primeiro caso necessário que o adotando seja ouvido.⁶²

Outros alcances de se conferir a condição de filho ao adotado referem-se aos alimentos e ao direito sucessório. Sem qualquer distinção, o adotado torna-se herdeiro do adotante, e o direito a alimentos também se impõe entre ambos de forma recíproca.⁶³

A respeito dos alimentos, Gonçalves aponta:

São devidos alimentos, reciprocamente, entre adotante e adotado, pois tornam-se parentes. A prestação de alimentos é decorrência normal do parentesco que então se estabelece. São devidos alimentos pelo adotante nos casos em que o são pelo pai ao filho biológico. Quanto aos adotados, ao direito de receberem alimentos enquanto menores, e enquanto maiores se impossibilitados de prover ao próprio sustento, corresponde a obrigação de prestarem tal assistência quando capazes economicamente e necessitarem os pais.⁶⁴

Maria Helena Diniz, ao abordar os efeitos jurídicos patrimoniais produzidos pela adoção, destaca:

⁵⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 318

⁶⁰ Ibidem, p. 319.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 389.

⁶² BORDALLO, op. cit., p. 319.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 298.

⁶⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 389-390.

Direito sucessório do adotado, visto que se equipara ao filho advindo de parentesco consanguíneo, herdando, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou convivente do falecido, na qualidade de descendente do autor da herança (CC, arts. 1.829, I, e 1.790, I e II), afastando da sucessão todos os demais herdeiros do adotante que não tenham a qualidade de filho.⁶⁵

Tudo se faz, então, para que a integração do adotado na nova família seja a mais completa possível. Para tanto, o adotado adquire os mesmos direitos e obrigações de qualquer filho: parentesco, nome, alimentos e sucessão, como visto acima. Na contramão, correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência aos pais adotantes. Estes, de outro lado, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização.

1.4 Modalidades

Com o Código Civil de 2002, estabeleceu-se um único sistema legal de adoção, o judicial. Apesar disso, há diversas modalidades de adoção, as quais são distinguidas pela forma como é postulada e por quem a postula. A classificação da adoção nacional pode ser assim dividida em unilateral, bilateral, póstuma e *intuitu personae*.

A ausência de impedimento legal quanto ao estado civil permite concluir que podem adotar, individualmente, as pessoas solteiras, viúvas, divorciadas e separadas judicialmente. As pessoas solteiras, homens e mulheres, desde que maiores de 18 anos e plenamente capazes, não sofrem vedação, pelo seu estado civil, de exercerem pretensão à adoção.⁶⁶

Há opiniões contra a adoção praticada por pessoas solteiras, sob o fundamento de que não seria prudente deferi-la, pois o fim da adoção é propiciar uma família substituta à criança. Essa discussão, no entanto, está superada, tendo-se em vista o número crescente de legiões de crianças abandonadas. Artur Marques, utilizando-se das felizes palavras de Castán Vazquez, afirma que “será, desde logo, preferível como adotante uma mulher – solteira, viúva, separada ou divorciada – de acreditada honradez e previsível vocação maternal a um

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 543-544.

⁶⁶ VAZQUEZ apud SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

matrimônio de duvidosa moralidade ou com problemas que possam antes ou depois afetar o adotado”.⁶⁷

Assim, não há que se falar no requisito de que a pessoa deva ser casada para proceder à adoção unipessoal, o deve ser levado em conta, primordialmente, é o melhor interesse do adotando.

Admite a lei (artigo 41, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), ainda, que o cônjuge ou companheiro adote a prole do outro, o que não interfere no vínculo de filiação com relação ao pai biológico ou a mãe biológica. Quanto a esta outra forma de adoção unilateral, pelo parceiro do genitor biológico do adotando, Maria Berenice vislumbra três possibilidades:

(a) quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; (c) em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.⁶⁸

A autora afirma que há divergência doutrinária em torno da última hipótese. Em face da impossibilidade de o genitor falecido manifestar-se, a tendência é não se admitir a adoção unilateral nesse caso. Para Maria Berenice, todavia, isso significa alijar do adotando o direito de ter uma nova identidade familiar. Alerta, também, que por ser indispensável a concordância do adotando, ao menos quando contar com mais de doze anos de idade, manifestando-se ele favoravelmente à adoção, nada justifica negá-la.⁶⁹

Farias e Rosenvald, por outro lado, ao abordarem o tema, atentam para a exigência de “cautela e cuidado do magistrado para não permitir que se disponha da identidade e estado familiar do filho para fins escusos, como a obtenção de um futuro direito sucessório de alguém com condição econômica vantajosa”.⁷⁰

Quanto ao registro de nascimento do adotado, o nome do adotante passa a contar de uma das linhas de filiação, a materna ou a paterna, permanecendo o registro em nome do

⁶⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93-94.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 491.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 491.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 973.

genitor biológico. Também deve haver a destituição do poder familiar do genitor que for substituído, respeitados os requisitos exigidos pela lei.⁷¹

O sistema jurídico adota a ideia de que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, vigendo a regra da adoção unilateral. Rompendo com o critério da unicidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente permitiu a adoção conjunta em certos casos e preenchidas algumas condições.

A adoção bilateral vem disciplinada no artigo 42, § 2º, do respectivo diploma, dispondo que “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. E o § 4º complementa que os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem pleitear a adoção conjunta, exigindo-se acordo prévio sobre a guarda e o regime de visitas e que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e, ainda, a comprovação da existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

Farias e Rosenvald propugnam pela possibilidade de adoção por duas pessoas, mesmo foras dessas exceções legais, quando evidenciado, no caso concreto, o melhor interesse do adotado. Assim, com base em valores constitucionais, entendem ser possível o afastamento da unilateralidade da adoção para que se admita a adoção por duas pessoas que se revelar benéfica e vantajosa para o adotado.⁷²

É possível também a adoção póstuma, isto é, depois da morte da pessoa que demonstrou, em vida, o interesse em adotar. Nessa esteira, o artigo 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente possibilitou a adoção *post mortem* “ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

Artur Marques, ao tratar do assunto, menciona a lição de José de Farias Tavares:

[...] talvez seja o ponto em que mais o Estatuto facilita a adoção, como medida por excelência de proteção integral à criança ou adolescente. Dá extraordinária legitimidade *post mortem* a quem falecer durante o curso do processamento judicial,

⁷¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 322.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 972.

antes da sentença. A superveniência da morte do adotante não frustra a adoção, que será deferida se o requerente manteve firme e expressa vontade de efetivá-la.⁷³

A regra geral é que a sentença de adoção opera seus efeitos jurídicos a partir do trânsito em julgado, conforme descrito no artigo 47, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente. No caso da adoção póstuma, entretanto, o § 7º do mesmo artigo 47 permite a retroação dos efeitos à data do óbito quando o adotante falecer no curso do procedimento. Artur Marques traz à colação o escólio de Liborni Siqueira, que defende que mais adequado seria retroagir à data do início da guarda de fato ou de direito, prestigiando “o fato gerador da adoção, do estágio de convivência e da afetividade emocional”.⁷⁴

O conceito de “inequívoca manifestação de vontade” é indeterminado, servindo de evidência probante do intento revelado em vida, segundo Rizzardo:

[...] a relação socioafetiva que existia entre o adotado e aquele que se quer declarar adotante, manifestada pelo tratamento de filho dado em vida, pela assistência, pela convivência familiar, pela dependência econômica e previdenciária, dentre outros fatores, como na situação de enteado, que recebe atenções idênticas a de filho.⁷⁵

O objetivo do permissivo legal que reconhece a retroatividade excepcional dos efeitos da sentença de adoção à morte do adotante é a proteção do interesse do adotando, com vistas a diminuir os impactos perniciosos do óbito daquele que tinha pretensão em constituir um vínculo de filiação. Evita-se a frustração da adoção por conta da fatalidade.⁷⁶

Consoante a letra da lei, o deferimento da adoção póstuma seria dependente da existência de um procedimento judicial em andamento, ou seja, teria como pressuposto o ajuizamento de ação de adoção, com a morte superveniente do autor, pretense adotante. Ocorre que a jurisprudência vem flexibilizando a norma e admitindo o deferimento da adoção mesmo que o procedimento não tenha se iniciado em juízo, contanto que esteja provada a inequívoca manifestação de vontade do adotante.

Artur Marques assenta que essa inovação foi trazida quando do julgamento do Recurso Especial n. 457.635/PB, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em 19 de novembro de 2002, cuja ementa expressa:

O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser

⁷³ TAVARES apud SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

⁷⁴ SIQUEIRA apud SILVA FILHO, op. cit., p. 102.

⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 530.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 983.

declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.⁷⁷

Outra modalidade de adoção é a homoparental.

Apesar de muito ter se discutido nos últimos anos sobre a possibilidade da adoção de crianças ou adolescentes por pessoas homossexuais, não há dispositivo legal que impeça. E não poderia ser diferente, já que a Constituição de 1988 veda “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, inciso IV) e determina, ainda, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º, *caput*).

Assim, inexistindo disposição legal que proíba a adoção por homossexuais, basear-se somente na orientação sexual para negá-la equivaleria a perpetrar uma distinção que a própria Carta Magna veda claramente. Observados os requisitos constantes na legislação pertinente, nenhum óbice remanesce para a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais.⁷⁸

Polêmica maior residia na possibilidade da adoção ser realizada por um casal de pessoas do mesmo sexo. No entanto, atualmente, essa discussão já está superada, conforme se explicará em seguida.

O § 2º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Já o § 3º do artigo 226 da Constituição de 1988 enuncia que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A análise conjunta dos dispositivos poderia induzir à conclusão de que o casamento e a união estável só seriam possíveis entre pessoas do mesmo sexo, estando vedada, por consequência, a adoção por casais homoafetivos. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, dirimindo as dúvidas que pairavam a respeito e

⁷⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 102.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 103.

consolidando a união homoafetiva como entidade familiar. Ademais, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175/2013, que proíbe as autoridades competentes a se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Então, muito embora o artigo 226 da Constituição de 1988 tenha dispensado especial proteção à união estável entre homem e mulher (§ 3º) e à entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º), esse elenco não esgota as formas de convívio merecedoras de amparo. Em corroboração, Maria Berenice, acerca do dito artigo 226, observa:

Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um “vínculo afetivo”, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer a tutela legal.⁷⁹ (grifo no original)

Rolf Madaleno, de igual forma, afasta a ideia de um modelo único de família e de filiação, concluindo pela possibilidade da adoção por casais homoafetivos:

Por sinal, a filiação ideal já não tem conceito jurídico e preferencial, advindo como queria a lei num primeiro estágio, fosse biológica e matrimonial e admitindo por espelho da natureza os vínculos apenas de adoção. São bem mais amplas as configurações familiares e essas não se resumem ao modelo clássico do pai e mãe do casamento e dos filhos conjugais, pois, no tocante à prole, sabidamente não mais deriva unicamente da relação sexual, sendo possível procriar em laboratório, com o uso de modernas tecnologias reprodutivas dispensando o ato sexual, não sendo ignorado que mulheres lésbicas se valem da inseminação artificial para ter filhos de doadores anônimos e que homossexuais fazem uso de úteros alugados para sua realização paterno-filial. A filiação não é apenas exercida por vínculos de sangue e tampouco é a principal, pois antes dos laços sanguíneos deve se fazer presente o envolvimento afetivo e o desejo nato de querer ser pai ou mãe, no exercício cotidiano da função parental, e esta independe do vínculo genético, mas somente da sincera e desejada construção de alianças afetivas, como independe da opção sexual de quem adota.⁸⁰

O conceito aberto da expressão família substituta, trazido pelo artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, permite que duas pessoas adotem independentemente da identidade sexual.⁸¹ Sustentar a impossibilidade da adoção por casais de pessoas do mesmo sexo é contemplar a discriminação e o preconceito voltados para a sexualidade.⁸² Não é a condição homossexual que definirá um bom ou mau exercício da paternidade ou maternidade.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

⁸⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 498.

⁸¹ DIAS, op. cit., p. 499.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 977.

O que deve se considerar, portanto, é o melhor interesse do adotando, sob um aspecto amplo, envolvendo elementos econômicos, sociais, intelectuais, psicológicos, dentre outros. Se a situação indicar que esta é a opção mais adequada, não há razão justificável para o indeferimento da adoção ao casal homoafetivo.⁸³

Já a chamada adoção “à brasileira” é um fenômeno comum e usual que ocorre quando uma pessoa registra como seu filho que sabe não ser. Essa figura não pode ser classificada propriamente como uma modalidade de adoção, pois não observa o regular procedimento imposto pela lei, sendo inclusive considerada crime. Artur Marques leciona sobre o assunto:

Trata-se a adoção direta, também conhecida como “à brasileira”, daquela em que um casal registra, como sendo seu, filho de outrem. É de se ressaltar que podem os “pais adotivos” ser penalmente responsabilizados, já que o art. 242 do CP reputa como crime “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”, cominando pena de reclusão, de dois a seis anos. É verdade que, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo, “se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza”, a pena passa a ser de detenção, de um a dois anos, podendo o magistrado deixar de aplicá-la.⁸⁴

É de se ressaltar, entretanto, que na maioria dos casos que chegam à Justiça, ocorre o perdão judicial, justamente pelo fato de se encarar esse tipo irregular de adoção como um ato piedoso.

Se, porém, aquele que consta como pai tem pleno conhecimento das circunstâncias e, ainda assim, não tomou providência para alterar o ato quando da ciência, não se lhe permite, no futuro, arrepende-se, postulando a desconstituição do registro por meio de ação anulatória.⁸⁵

Isso porque incorrente o erro ou o dolo, configurando-se o registro com espécie de adoção e, nesse sentido, tipo de filiação socioafetiva. Conforme Farias e Rosenvald, “não é raro encontrar no cotidiano forense pessoas que, após o reconhecimento espontâneo de um filho alheio como próprio, tentam negar a paternidade, invocando o exame pericial de DNA”. Essa situação ocorre normalmente depois do fracasso da relação mantida com a mãe do filho

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 976.

⁸⁴ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115.

⁸⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531.

reconhecido indevidamente. Em casos assim, a jurisprudência vem resguardando o vínculo afetivo estabelecido entre pai e filho, com supedâneo no critério socioafetivo de filiação.⁸⁶

Portanto, em que pese não se tratar, tecnicamente, de uma adoção, produzirá efeitos jurídicos. A criança, que foi parte de boa-fé na relação jurídica, não pode ser privada dos direitos que lhe seriam devidos se o vínculo tivesse sido criado regularmente, através do procedimento de adoção estabelecido pela lei.⁸⁷ Além do que, não se recomenda a extinção da relação paterno-filial criada, ainda que às margens da lei, sob pena de comprometimento da própria integridade física e psíquica do reconhecido.⁸⁸

Nem se poderia cogitar a aplicação do art. 1.604 do Código Civil, o qual excepciona a possibilidade de uma pessoa vindicar estado contrário ao que resulta do registro civil de nascimento desde que prove a ocorrência de erro ou falsidade do registro. Isso porque a alegação de falsidade do registro não merece prosperar, tendo decorrido da vontade de quem registrou. Ademais, tendo em vista que a adoção é irrevogável, não se poderia conceder tratamento diferenciado a quem fez uso de expediente ilegal.⁸⁹

De acordo com Artur Marques, “uma alternativa aceitável à adoção ‘à brasileira’, que certamente reduziria a ocorrência de tal processo irregular de adoção, seria a *intuitu personae*, menos burocratizada, mas ainda assim controlada pelo Estado”.⁹⁰ A diferença entre a adoção *intuitu personae* e a adoção “à brasileira” é que naquela ocorre adoção legal, enquanto nesta ocorre um crime.⁹¹

A adoção *intuitu personae*, objeto central de estudo do presente trabalho, será mais detalhadamente abordada no terceiro capítulo, bastando, por ora, algumas considerações iniciais para que se faça constar, por questão didática, como uma das modalidades do instituto da adoção.

Também denominada de adoção dirigida, a adoção *intuitu personae* é, para Rolf Madaleno, “aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação à determinada

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 980.

⁸⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117.

⁸⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 980.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497.

⁹⁰ SILVA FILHO, op. cit., p. 118.

⁹¹ *Ibidem*, p. 115.

pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico [...]”⁹². Bordallo define a adoção *intuitu personae* como a modalidade de adoção em que “há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, ocorrendo esta escolha em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário”⁹³. Maria Berenice, por sua vez, complementa esses conceitos dizendo que “chama-se de adoção *intuitu personae* quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa”, mas “também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança”⁹⁴.

A adoção *intuitu personae* é decorrência, normalmente, da impossibilidade financeira ou emocional dos genitores de cuidar de seu filho, havendo a doação da criança a terceiro. Assim, esse terceiro passa a exercer a guarda de fato da criança e, posteriormente, requer sua adoção.⁹⁵ Maria Berenice exemplifica, afirmando que as circunstâncias são diversas: “Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo. Também há esse desejo quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição”⁹⁶.

Diversos são os entendimentos acerca da admissibilidade ou não da adoção *intuitu personae*.

De acordo com Artur Marques:

Parece-nos que a escolha da genitora deve ser ao menos considerada. Conforme apontam as conclusões do Caderno dos Grupos de Estudos de Serviço Social e Psicologia Judiciários do Tribunal de Justiça de São Paulo, entender que “a genitora que abre mão de seu filho, independentemente das razões e do seu sofrimento, tem suprimido automaticamente o direito de escolha sobre quem poderá lhe substituir na vida do filho [...] significa adotar uma visão moralista do seu ato [...]. É reduzir a leitura da realidade à esfera individualizante e moralizante, o que possibilita julgar negativamente essa mãe [...]. Ora, se partirmos de outra perspectiva de análise que atenda às múltiplas determinações sociohistóricas e culturais, assim como as inter-relações entre o universo objetivo e subjetivo dessa mãe que abre mão de seu filho, certamente teremos uma outra postura e poderemos considerar, do ponto de vista profissional, uma conduta de apoio e que seja facilitadora do processo, excluindo

⁹² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 485.

⁹³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 326.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 498.

⁹⁵ SOUZA, Rodrigo Faria de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, janeiro de 2009, v. 12, n. 45, p. 184. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

⁹⁶ DIAS, op. cit., p. 498.

dele a culpa, o constrangimento moral reducionista que a primeira perspectiva certamente contempla”.⁹⁷

Kusano, apontando que o sistema judiciário brasileiro não está suficientemente aparelhado para processar a quantidade de pedidos de adoção, sustenta “a viabilidade da adoção *intuitu personae* como uma das formas legais para agilizar o processo de adoção no Brasil, minimizando os transtornos e problemas vivenciados pelos menores em busca de uma família, bem como pela família em busca de um filho”⁹⁸. Assim, não há razão que fundamente a proibição da adoção *intuitu personae*, até porque, segundo a autora, a indicação do adotante pela mãe ou pais biológicos no exercício do poder familiar pode ser negada pelo juiz, quando após a oitiva dos requerentes, dos pais e do Ministério Público, além da avaliação psicossocial, as evidências demonstrarem não ser adequada e que a medida não atende aos interesses do adotando.⁹⁹

Maria Berenice, também se posiciona favoravelmente à possibilidade da adoção *intuitu personae*, argumentando:

E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho.¹⁰⁰

Entretanto, Rodrigo Faria de Souza discorre que a possibilidade de os pais escolherem os adotantes, poderia incentivar o tráfico de crianças, haja vista que os adotantes poderiam dar dinheiro ou outro benefício a genitora em troca do filho, praticando o crime previsto no artigo 328 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, “[...] podem os pais, sob o pretexto de buscar o melhor para o futuro do seu filho, praticar conduta ilícita, obtendo vantagem indevida e, posteriormente, pela dificuldade acima exposta, tal conduta ser corroborada pelo Poder Judiciário, ao conceder adoção àquele que agiu de má-fé [...]”.¹⁰¹

O Promotor de Justiça Julio Alfredo Almeida salienta também que é possível que os genitores, sabedores de onde e com quem está a criança, passem a realizar pedidos de

⁹⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113-114.

⁹⁸ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção *intuitu personae***. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 130-131. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 135.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 498.

¹⁰¹ SOUZA, Rodrigo Faria de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, janeiro de 2009, v. 12, n. 45, p. 187-188. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

contato com o filho, com o intuito de receber “auxílio financeiro” dos pais adotivos, gerando instabilidade naquela família e na criança.¹⁰²

Artur Marques faz comentário pertinente quanto ao tema:

A adoção *intuitu personae*, por isso, não é por si só um instituto ruim, ou falho. Pelo contrário, tem elementos positivos que podem ser aproveitados pelo legislador para, por exemplo, diminuir as mazelas que podem ser provocadas pela adoção “à brasileira”.¹⁰³

Com efeito, essa modalidade de adoção é indubitavelmente um avanço em relação à adoção “à brasileira”, pois na *intuitu personae*, malgrado a escolha dos adotantes pelos pais naturais, existe a intervenção estatal, ao qual incumbe verificar se a família indicada possui condições reais de proporcionar àquela criança o seu pleno desenvolvimento.

1.5 Requisitos

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina alguns requisitos para que seja efetivada a adoção. Gonçalves menciona que as principais condições exigidas pela lei são:

a) a idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, *caput*); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar com mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, *caput*); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43).¹⁰⁴

Bordallo, a seu turno, elenca os seguintes requisitos para a adoção: “idade mínima que deve ter o adotante, estabilidade na família, diferença de 16 anos entre adotante e adotado, consentimento dos pais biológicos, concordância do adotando e reais vantagens para o adotando”.¹⁰⁵

O artigo 42, *caput*, e seu § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige que o requerente tenha uma idade mínima para adotar e, se for casado ou viver em união estável,

¹⁰² ALMEIDA, Julio Alfredo de. **Adoção *intuitu personae***: uma proposta de agir. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002, p. 13. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁰³ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 114.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 383.

¹⁰⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 296.

que sua família tenha estabilidade. Conforme Bordallo, “para que se afira a estabilidade de uma relação familiar, necessária avaliação individualizada”.¹⁰⁶

A regra coloca como idade mínima para adoção a maioridade civil, independente do estado civil. Aos divorciados ou separados judicialmente, a lei faz apenas três ressalvas: a primeira é a de que tenham acordado quanto à guarda e regime de visitas; a segunda é a de que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do matrimônio (artigo 42, § 4º, do ECA); e a terceira é a de que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda.

Além do limite etário, a legislação impõe uma diferença de idade de, pelo menos, dezesseis anos entre o adotante e o adotado. Para Gonçalves, a explicação está no fato de que a adoção imita a natureza, sendo imprescindível que o adotante seja mais velho a fim de que desempenhe eficientemente o poder familiar.¹⁰⁷ Se os adotantes forem um casal, bastará que um dos cônjuges, ou conviventes, seja dezesseis anos mais velho que adotando.¹⁰⁸ Maria Berenice afirma, ainda, que “a regra admite flexibilização, principalmente quando o pedido de adoção é antecedido de período de convívio por lapso de tempo que permitiu a constituição da filiação afetiva”.¹⁰⁹

Haverá também a necessidade de consentimento dos pais ou representante legal de quem quer se adotar. Entretanto, o § 1º do artigo 45 prevê que a anuência será dispensada se os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. A esse respeito, Granato acrescenta que se os pais não concordam com a adoção mas, ao mesmo tempo, não cumprem com o seu dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, estarão passíveis de ter o poder familiar cassado mediante procedimento contraditório e, assim, o seu consentimento será dispensado.¹¹⁰

¹⁰⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 298.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 383.

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, p. 529.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 486.

¹¹⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 78.

Maria Berenice opina pela relativização da necessidade de consentimento nos casos de filiação afetiva ou de recusa injustificada dos genitores em consentir com a adoção:

Descabida a indispensabilidade da expressa manifestação dos pais registrais para a adoção, quando já existe o vínculo de filiação afetiva. Estando o adotando convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores. De qualquer modo, a eventual recusa de qualquer dos genitores precisa ser justificada. Cabe figurar o exemplo de o genitor não conviver com o filho, que cria forte vínculo com o padrasto. Assim, é desarrazoado impedir a adoção pela falta de concordância do genitor, até porque sua postura enseja, inclusive, a perda do poder familiar (CC 1.638 II).¹¹¹

Quando o adotando for maior de doze anos de idade, exige-se a sua concordância quanto à adoção. Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépure destacam que mesmo a criança, quando possível, deve ser ouvida, ainda que sua opinião não seja determinante, tendo em vista a sua titularidade de sujeito de direito, que é decorrência do princípio da proteção integral.¹¹²

Impera, de igual forma, a necessidade de intervenção judicial, pois a adoção somente se aperfeiçoa perante juiz, em processo judicial, com a participação do Ministério Público.

Sobre o efetivo benefício ou reais vantagens para o adotando, Bordallo observa de que maneira apurá-los:

Estas vantagens devem ser aferidas no âmbito do afeto, que deve ser tratado como um valor jurídico. O adotando vem de uma situação de rejeição por parte de seus genitores, não devendo ser submetido a novos momentos traumáticos. Logo, deve ser buscado pelas equipes interprofissionais se os adotantes detêm as condições necessárias a dar ao adotando um lar estável onde possa ser acolhido e amado. Esta a única e real vantagem que a adoção deve trazer ao adotando, uma família que o ame, não se devendo ter em plano principal a questão patrimonial. Este ponto não deve ser ignorado pelo juiz, promotor de justiça e equipe interprofissional, mas não deve ser o norte para se verificar se a família substituta será um porto seguro para o adotando.¹¹³

Mais uma vez, o objetivo é imitar uma relação ideal entre pais e filhos biológicos, com foco no interesse do adotando.

Alguns doutrinadores elencam, ainda, como requisitos para a adoção, o estágio de convivência, a proibição de adoção por parentes próximos e o cadastramento.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 487.

¹¹² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

¹¹³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 309.

O estágio de convivência, previsto no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, terá prazo fixado pelo juiz, observadas as peculiaridades de cada caso. Tem como função verificar a adaptação recíproca entre adotante e adotando, por isso, deve ser acompanhado pela equipe interprofissional do juízo, como determina o § 4º do artigo 46 do Estatuto.

Granato afirma que “esse estágio é um período experimental em que o adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele à família substituta, bem como a compatibilidade desta com a adoção”.¹¹⁴

O § 1º do artigo 46 contém a única hipótese de dispensa do estágio de convivência, qual seja, quando o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. O § 2º do mesmo artigo enfatiza que a guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

Sobre a proibição de adoção por parentes próximos calha anotar que o § 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que estão impedidos de adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. Trata-se de impedimento total, pois não há como ser superado, já que o vínculo jurídico do parentesco perdurará por toda a vida.¹¹⁵

A justificativa do impedimento está no fato de a adoção romper definitivamente com os vínculos naturais de filiação, gerando inconveniências nas correlações de parentesco e confusão no registro inicial, como por exemplo, se um avô adota o neto, este passará a ser irmão de seu pai. Outra justificativa está ligada à confusão que ocorreria com o direito sucessório, caso não houvesse a proibição.¹¹⁶

Finalmente, o último requisito, o cadastramento. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente já indicasse a obrigatoriedade de um cadastro de interessados em adotar e outro, de adotáveis, em cada comarca ou foro regional, a Lei n. 12.010/2009 tornou

¹¹⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.

¹¹⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 261.

¹¹⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 111.

indispensável a inscrição dos pretendentes à adoção nesse cadastro, excepcionando apenas os casos do § 13 do artigo 50, a serem tratados no capítulo seguinte.

Assim, exige-se dos adotantes o seu prévio cadastramento.

De acordo com Granato, a finalidade precípua é possibilitar o encontro entre pessoas interessadas em adotar, com crianças e adolescentes que possam ser adotados, a fim de que se concretizem adoções que, se não fosse o cadastro, não ocorreriam. O intercâmbio de informações, formando uma rede nacional de dados entre os Estados objetiva potencializar o número de adoções.¹¹⁷

Tal finalidade coaduna-se com a importância da criação do referido requisito como garantidor do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme se explanará no capítulo a seguir.

¹¹⁷ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83.

2 A CRIAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO CADASTRO DE ADOTANTES COMO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 O fenômeno da constitucionalização do Direito de Família e seus novos princípios orientadores

Antes de tratar propriamente do cadastro de adotantes, faz-se necessária a contextualização sócio-histórica na qual fora criado, a fim de que o seu objetivo seja elucidado.

A Constituição de 1988 surgiu logo após o fim da ditadura militar, período notoriamente conturbado da história brasileira, momento de severa restrição ao exercício do que hoje conhecemos por direitos fundamentais.

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar certos valores ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus após a Segunda Guerra Mundial influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo, passou-se para um novo modelo, onde o individual/patrimonial é substituído pelo coletivo/social.¹¹⁸

Com a queda da ditadura e o advento da Constituição Cidadã, como ficou conhecida, instituiu-se o Estado Democrático de Direito. Todo o ordenamento jurídico foi redelineado a partir de novos princípios orientadores, sendo a dignidade da pessoa humana consagrada como valor central da ordem constitucional. Nesse contexto, o direito de família, de igual forma, foi atingido por essa transformação ideológico-social.

No artigo 226, *caput*, da Constituição, é assegurada à família especial proteção do Estado, podendo-se apontar o princípio da tutela especial à família. Sob a perspectiva de

¹¹⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, independentemente da sua forma de constituição ou manutenção de vínculos jurídicos, a família contemporânea passa a ser considerada o lugar privilegiado de realização existencial de seus integrantes. É indispensável a concretização das dignidades de cada membro, incumbindo ao Estado prevenir atentados contra a coesão familiar e desempenhar medidas positivas que garantam proteção especial a todas as famílias. Designa-se especial porque a inserção de uma pessoa em outras entidades, que não as familiares, não goza dessa mesma proteção.¹¹⁹

O imperativo da paternidade responsável vem estampado no § 7º do artigo 226. Em realidade, o sentido correto é o da parentalidade responsável, vez que essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros. Na lição de Gama:

[...] por esse princípio, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.¹²⁰

Sobre o trecho citado, faz-se apenas o adendo de que os filhos adotivos tanto quanto os biológicos são contemplados pelo princípio.

Oportuno salientar também a questão da regulamentação da alienação parental pela Lei n. 12.318/10 que, em homenagem à parentalidade responsável, prevê a adoção de medidas assecuratórias de proteção da integridade física e psíquica infanto-juvenil, a exemplo da alteração de regime de guarda, da suspensão preventiva da visitação e do acompanhamento psicológico.

A afetividade é outro princípio enlaçado no âmbito da proteção constitucional, ainda que implicitamente. Gama, sob a inspiração de Paulo Lôbo, realiza comentário pertinente:

A doutrina considera que o princípio da afetividade é aquele que insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, com primazia de elemento anímico sobre aspectos de ordem patrimonial ou biológica. Como visto, a família resgatou a função que, nos idos do direito romano, se reconhecia na família matrimonial, a saber, a de grupo unido pelo desejo e por laços de afeto, em comunhão plena de vida.¹²¹

¹¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71-72.

¹²⁰ Ibidem, p. 78.

¹²¹ LÔBO apud GAMA, op. cit., p. 82-83.

Dessa maneira, o afeto passou a explicar melhor as relações familiares contemporâneas, ocorrendo um enfraquecimento da importância antes destinada ao aspecto patrimonial e biológico.

Já o princípio da pluralidade das entidades familiares decorre, expressamente, da previsão dos §§ 1º, 3º e 4º do artigo 226 da Constituição, com a legitimação da existência de várias espécies de família, não só aquela decorrente do casamento. Há a equiparação das famílias assentadas no matrimônio, na união estável entre o homem e a mulher ou na comunidade formada entre qualquer dos ascendentes com os descendentes, seja por vínculo consanguíneo ou civil (adotivo).¹²² E, mesmo não indicadas de forma expressa, para Maria Berenice, as uniões homoafetivas e uniões estáveis paralelas (“concubinato adulterino”) também merecem o abrigo do direito das famílias.¹²³

Houve também a preocupação do constituinte em ressaltar a igualdade entre os sexos, diante da necessidade de se pôr fim a um passado discriminatório em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher. Farias e Rosenvald explicam:

A Constituição Federal consagrou no *caput* do art. 5º (ao cuidar dos direitos e garantias individuais) que todos são iguais perante a lei, indicando o caminho a ser percorrido pela ordem jurídica. Já no inciso I do referido artigo resolve acentuar as cores da isonomia, explicitando que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. E mais. Ao cuidar da proteção jurídica da família, no art. 226, volta a tratar da igualdade entre homem e mulher, deliberando que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.¹²⁴

Vale destacar que a norma constitucional não pretendeu igualar física e psicologicamente o homem e a mulher. Rechaça o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estejam na mesma situação. Porém, havendo motivo razoável ou justificado permite-se tratamento discrepante.¹²⁵

Ainda, salienta-se que a isonomia entre os sexos revela-se indispensável e obrigatória, de igual modo, no companheirismo, o que impede qualquer distinção entre companheiro e companheira sobre os direitos e obrigações decorrentes do vínculo familiar.¹²⁶

¹²² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 8.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

¹²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89.

O princípio da igualdade entre os filhos, por sua vez, vem consubstanciado no § 6º do artigo 226 da Constituição de 1988. O dispositivo assegura absoluta igualdade entre todos os filhos, vedando a ultrapassada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, conforme os pais fossem ou não casados, e adotiva. Não importa que uns tenham origem fora do casamento e outros na sua constância, todos são apenas filhos, com direitos e qualificações semelhantes.¹²⁷

A década de 1980 também constituiu o marco da afirmação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com a inscrição na Constituição de 1988 dos princípios da Teoria da Proteção Integral, superando definitivamente toda matriz autoritária do menorismo instaurado ao longo da história brasileira.¹²⁸

O novo perfil social almejado pelo legislador constitucional, como esperado, modificou o sistema jurídico da criança e do adolescente, até então restrito aos “menores” em abandono ou estado de delinquência. A nova ordem rompeu, assim, com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a Doutrina da Proteção Integral, inspirada nas normas internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Formalmente, sai de cena a Doutrina da Situação Irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, de caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência. Nessa linha, o Código revogado, na lição de Wilson Liberati,

não passava de um Código Penal do “Menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não se relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família, tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos.¹²⁹

Em seu lugar, implanta-se a Doutrina da Proteção Integral, com caráter de política pública. Crianças e adolescentes deixam de ser objeto de proteção assistencial e se tornam titulares de direitos subjetivos. Nasce, assim, o Direito da Criança e do Adolescente.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 24.

¹²⁸ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil, 22. ed., Curitiba: Multidéia, 2009, p. 73.

¹²⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

De acordo com Andréa Rodrigues Amin, a Doutrina da Proteção Integral não se resume a uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas se traduz em uma mudança de paradigma¹³⁰. Segundo a autora:

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual família, sociedade e estado são co-gestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.¹³¹

A Doutrina da Proteção Integral, insculpida no artigo 227 da Carta Magna de 1988, em perfeita consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagra os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, com absoluta prioridade, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los. Rossato e Lépre reflete a esse respeito:

[O art. 227] pretende, pois, que a família responsabilize-se pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilização que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas, que formam o denominado Sistema de Garantia dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes [...].¹³²

Objetivando regulamentar o novo sistema, foi promulgada a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O termo “estatuto” foi de todo próprio, porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação completa de crianças e adolescentes, mas a lei não se limita a enunciar regras de direito material. É norma especial com vasto campo de abrangência, elencando normas processuais, instituindo tipos penais, estabelecendo normas de direito administrativo, princípios de interpretação, política legislativa, enfim, todo o instrumental necessário para efetivar a norma constitucional.¹³³

Na tentativa de implementar todo esse novo leque de direitos e garantias, o Estatuto da Criança e do Adolescente, microssistema de regras e princípios, fundou-se em dois pilares básicos: a concepção da criança e do adolescente como “sujeitos de direitos” e a afirmação de sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

Liberati ressalta que:

¹³⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13.

¹³¹ Ibidem, p. 9-10.

¹³² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

¹³³ AMIN, op. cit., p. 8-9.

Com essa lei civilizatória, as crianças e jovens passam a ser sujeitos de direitos e deixam de ser objetos de medidas judiciais e procedimentos policiais, quando expostos aos efeitos da marginalização social decorrente da omissão da sociedade e do Poder Público, pela inexistência ou insuficiência das políticas sociais básicas.¹³⁴

O artigo 5º do Estatuto impõe que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Isso evidencia a proteção integral, demonstrando a amplitude e abrangência da lei, cujo escopo é alcançar todas as crianças e adolescentes, não se restringindo ao menor em situação irregular, como se dava na revogada doutrina menorista.

Logo, segundo a Doutrina da Proteção Integral, a qual foi agasalhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente em seu artigo 1º, as crianças – nesta categoria estariam compreendidos todos os seres humanos com idade inferior a 18 anos – são sujeitos de direitos especiais, devendo ser resguardadas por se encontrarem em um processo de desenvolvimento e, por isso, merecedoras de prioridade absoluta.

Rossato e Lépure revestiram a proteção integral do caráter de metaprincípio, juntamente com a prioridade absoluta:

São considerados metaprincípios os princípios da proteção integral e o da prioridade absoluta, e assim são denominados porque, extraídos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, representam postulados de interpretação para a extração de significado dos demais princípios e regras que compõem o sistema protetivo dos direitos da criança e do adolescente.¹³⁵

Tem-se, então, que a Doutrina da Proteção Integral implica a infância e a adolescência admitidas como prioridade imediata e absoluta, exigindo uma consideração privilegiada, o que significa que a sua proteção deve se sobrepôr a quaisquer medidas, objetivando o resguardo de seus direitos fundamentais.

O princípio constitucional da prioridade absoluta, estabelecido pelo artigo 227 da Lei Maior, tem previsão no artigo 4º, *caput* e parágrafo único e no artigo 100, parágrafo único, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O *caput* do artigo 4º simplesmente repete o artigo 227 da Constituição, já o parágrafo único explica o que se deve compreender por garantia de prioridade: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das

¹³⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

¹³⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

políticas sociais públicas; e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Então, havendo uma situação em que exista a possibilidade de se atender a um adulto na mesma situação de urgência de uma criança ou um adolescente, a escolha deve recair sobre os últimos. Andréa Amin exemplifica:

Assim, em uma fila para transplante de órgão, havendo uma criança e um adulto nas mesmas condições, sem que se possa precisar quem corre maior risco de morte, os médicos deverão atender em primeiro lugar a criança. Da mesma maneira, se o Poder Público precisar decidir se oferta vagas em projeto de alfabetização tardia para adultos ou de aceleração escolar para adolescentes, não havendo recursos para ambos, deve decidir por este último.¹³⁶

Todavia, não se pretende defender que em todo e qualquer caso prevalecerá o interesse da criança ou do adolescente em detrimento ao do adulto. Quando houver esse tipo de colisão de direitos, José Farias Tavares recomenda a ponderação entre eles:

Deve-se levar em conta a relatividade do dever aqui imposto. A hierarquia dos valores sociais que a ordem jurídica tutela, em geral, não pode ser atropelada pela primazia absoluta. Tanto que, por exemplo, o ato de salvar uma vida em perigo iminente, seja de quem for, deve preferir à obrigação de atender a uma criança ou adolescente em situação de fato que não tenha essa gravidade.¹³⁷

O mencionado artigo 100, parágrafo único, inciso II, por sua vez, determina que a proteção integral e prioritária é princípio que rege a aplicação de medidas específicas de proteção, sendo que a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida no Estatuto deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares.

Saliente-se que a prioridade tem o objetivo de realizar a proteção integral, resguardando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, *caput*, da Constituição e renumerados no artigo 4º, *caput*, do Estatuto.¹³⁸ Dessa forma, fora assegurado às crianças, aos adolescentes e ao jovem, com absoluta prioridade, em rol exemplificativo, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹³⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

¹³⁷ TAVARES, José Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 16.

¹³⁸ AMIN, op. cit., p. 23.

Assim, a adoção de um sistema de garantias que prevê a proteção integral da criança e do adolescente consubstancia-se no atendimento de todas as necessidades do ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Essa primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, em razão de possuírem uma fragilidade peculiar de pessoas em formação, correndo, em tese, mais riscos que um adulto. Martha de Toledo Machado aduz que,

a personalidade de tais indivíduos ainda está incompleta, bem como as potencialidades do ser humano ainda não amadureceram até seu patamar mínimo de desenvolvimento, e, como se não bastasse, não podem exercitar completamente suas potencialidades e direitos, haja vista estarem em condição menos favorável para defender tais direitos.¹³⁹

A prioridade absoluta almeja proporcionar um reequilíbrio nessa relação de infância/juventude e vida adulta, diante da condição de pessoas em desenvolvimento que se encontram as crianças e os adolescentes.

Além da prioridade absoluta, outro reflexo da Doutrina da Proteção Integral é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Embora não se encontre enunciado de modo expresso nos diplomas legais que versam sobre a proteção à criança e ao adolescente, é decorrência lógica da almejada proteção integral. O princípio do melhor interesse pode ser enquadrado na categoria de preceito a ser obedecido para garantir a proteção integral de trata o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse norte, conclui Paula Galbiatti Silveira:

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente são todos os direitos assegurados pela Constituição e pelos tratados internacionais a qualquer pessoa, com a ressalva de serem exercidos sobre a forma de prioridade, tendo em vista o princípio da prioridade absoluta e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, ou seja, seus interesses e direitos se sobrepõem a qualquer outro. Por isso, qualquer interpretação das leis deve ser no sentido de dar absoluta prioridade para as crianças e adolescentes, atendendo ao seu melhor interesse.¹⁴⁰

O fato de inexistir menção explícita ao princípio, não significa que ele não deva integrar o ordenamento jurídico pátrio. Há que se atentar para o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, de acordo com o qual: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

¹³⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 119.

¹⁴⁰ SILVEIRA, Paula Galbiatti. **Os direitos das crianças e adolescentes x maus tratos**. Disponível em: <<http://flaviofahur.jur.adv.br/index.php?p=publicacao&codigo=5589>>. Acesso em: 01 maio 2013.

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Este é o caso do princípio do melhor interesse, visto que é abarcado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu artigo 3º. Logo, está contemplado e deve ser aplicado.

Para a averiguação do que se entende por melhor interesse há que se considerar o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. Conforme Andréa Amin:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim, o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.¹⁴¹

Portanto, é indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil conscientizem-se de que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. É o direito deles que goza de proteção constitucional privilegiada, mesmo em relação aos demais integrantes da família que ele participa. Jane de Souza, sobre esse aspecto, preleciona que “a Constituição Federal de 1988 garante, de forma efetiva, os direitos das crianças e dos adolescentes em todos os níveis de convivência; ou seja, tanto no espaço familiar como no social se aplicará o que é melhor para o menor”.¹⁴²

Foi justamente com fundamento no princípio do melhor interesse que o Estatuto da Criança e do Adolescente criou os cadastros de adotantes e adotandos, para a proteção dos direitos dos últimos. A exigência de prévia habilitação dos adotantes tem como objetivo claro a preservação do interesse da criança ou adolescente a ser adotado – que, por evidente, encontra-se em situação de vulnerabilidade –, na medida em que o Poder Público faz o controle anterior das características psicossociais dos pretendentes à adoção. Em respeito à sua condição especial, busca-se evitar que o adotando seja novamente submetido à situação de risco, sofrendo maus tratos ou sendo abandonado, por exemplo.

O cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção assumiu grande relevância com a Lei n. 12.010/2009, uma vez que, ampliando as especificações exigidas, ao acrescentar

¹⁴¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

¹⁴² SOUZA, Jane de. **Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 01 maio 2013.

os §§ 3º ao 14 no artigo 50 do Estatuto, a inovação legislativa tornou imprescindível a inscrição dos pretensos adotantes no cadastro, conferindo maior rigidez na sua obediência.

2.2 Os cadastros de adotantes, de adotandos e as exceções legais à obrigatoriedade de habilitação prévia

O artigo 50, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê 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”.

Para Tavares, tal comando legal determina que o Juizado da Infância e da Juventude formalize e gere um cadastro, devidamente atualizado, de nomes, endereços e indicações de crianças e adolescentes sob sua jurisdição que ostentem condição de adoção, sem embargo da existência de outro cadastro para candidatos a adotantes. O propósito é facilitar o acesso às famílias substitutas, privilegiando-se os interesses dos adotandos em consonância com a seletividade das pretensões dos adotantes.¹⁴³

Além das listagens locais, a Lei n. 12.010/2009 determinou também a criação de cadastros estaduais e de um cadastro nacional, consoante o § 5º do artigo 50. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 54, de 29 de abril de 2008, dispôs sobre a implementação e o funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção de Crianças e Adolescentes.

Há também a previsão de cadastros de candidatos residentes fora do país, conforme o § 6º do artigo 50. No entanto, somente será consultado quando esgotadas todas as formas de colocação da criança ou do adolescente em família substituta brasileira, a teor do § 10 do artigo 50.

Em suma, a ordem de preferência para a adoção é a seguinte: pretendentes residentes na própria comarca têm preferência em relação às crianças ou adolescentes cadastradas nesta mesma comarca, pretendentes cadastrados no próprio Estado têm preferência sobre os pretendentes que residem fora do Estado, pretendentes nacionais têm

¹⁴³ TAVARES, José Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 61.

preferência sobre os internacionais e pretendentes estrangeiros que residem no Brasil têm preferência sobre os residentes no exterior.

As inovações trazidas pela intitulada Lei Nacional da Adoção vão além da exigência ao cadastramento prévio, como se verá a seguir.

O § 3º do artigo 50 introduz uma fase de preparação dos candidatos:

A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Essa preparação tem o fim de conscientização dos candidatos acerca dos encargos jurídicos e emocionais envolvidos na adoção.¹⁴⁴ Rossato e Lépure aduzem, ainda, que o objetivo da referida medida é a preparação psicológica, a orientação e o estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou deficiências e de grupos de irmãos.¹⁴⁵

O § 4º inclui nessa preparação o contato com crianças e adolescentes a serem adotados:

Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Tal providência não somente promove desde o início um contato com os interessados e crianças e adolescentes, como pretende despertar nos candidatos uma vontade ainda maior pela adoção.¹⁴⁶ Já o acompanhamento feito pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude tem o intuito de preservar a intimidade e o emocional da criança e do adolescente a ser adotado.¹⁴⁷

Assim, o período de preparação, disciplinado pelos § 3º e § 4º foi incluído no texto do Estatuto com o escopo de evitar a devolução de crianças e adolescentes adotados, ao

¹⁴⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 126.

¹⁴⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴⁷ VERONESE; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 126.

passo que o processo de adoção deixa de ser um simples instrumento processual, emergindo o seu caráter sociofamiliar.

Todavia, Maria Berenice critica a medida, avaliando-a como particularmente perversa, visto que além de expor as crianças e os adolescentes institucionalizados à visitação, pode gerar neles e em quem as quer adotar falsas expectativas, pois a visita é tão só para se candidatar à adoção.¹⁴⁸

O § 5º estabelece três níveis de cadastro, de comarca, estadual e nacional, e o § 6º trata do cadastramento de pessoas ou casais residentes no exterior, ambos já mencionados. Sobre o último, convém anotar que segue um procedimento diferenciado, nos termos do artigo 52 do Estatuto, além de que a validade da habilitação concedida será de apenas um ano.

Continuando a análise do artigo 50, pelo seu § 7º, tem-se que “As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema”.

De acordo com Murillo Digiácomo, esse espírito de cooperação que deve se fazer presente serve para assegurar não apenas a correta alimentação dos cadastros, como também a uniformização dos procedimentos em todo o território nacional, incluindo os cursos de preparação psicossocial aos interessados em adotar, a contratação e qualificação dos profissionais da Justiça e da Juventude e a implementação de políticas públicas que se destinem ao efetivo exercício do direito à convivência familiar por todas as crianças e adolescentes.¹⁴⁹

O § 8º, por sua vez, estipula:

A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.

A norma demonstra a primazia dada à adoção por pessoas ou casais cadastrados na comarca do adotando, sendo a inscrição dos candidatos em adotar deferida nos cadastros estadual e nacional somente no caso de inexistir interessados naquela.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 504.

¹⁴⁹ DIGIÁCOMO, Murillo. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 231.

À Autoridade Central Estadual compete, segundo o § 9º, “zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira”.

A Autoridade Central Estadual em matéria de adoção é a Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), ou equivalente, órgão geralmente vinculado à Corregedoria Geral de Justiça. A obrigatoriedade da sua comunicação tem duas razões, a aludida consulta sucessiva aos cadastros de pretendentes à adoção e, ainda, a necessidade de um controle direto da atividade jurisdicional por parte da autoridade central estadual. Tal controle refere-se à fiscalização junto aos juízes de primeira instância, aos quais incumbe a alimentação dos cadastros e a sua correta operacionalização.¹⁵⁰

A Autoridade Central Federal é a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), nos termos do artigo 6º da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1999.

O já citado § 10 apenas reafirma o caráter excepcionalíssimo da adoção internacional, que só terá lugar se não forem encontrados interessados com residência permanente no Brasil.¹⁵¹

Nos termos do § 11, “enquanto não localizada pessoa ou casal interessado em sua adoção, a criança ou o adolescente, sempre que possível e recomendável, será colocado sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar”.

O dispositivo evidencia a preocupação do legislador em evitar a permanência de crianças e adolescentes aptos a serem adotados em entidades de acolhimento institucional.¹⁵²

Atribui ao Ministério Público o § 12 a fiscalização da “alimentação do cadastro e a convocação criteriosa dos postulantes à adoção”. Vale lembrar aqui do artigo 88, inciso VI, do Estatuto, cuja redação dispõe que uma das diretrizes da política de atendimento das crianças e dos adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional é a integração operacional entre o Judiciário e o Ministério Público, em prol da sua rápida

¹⁵⁰ DIGIÁCOMO, Murillo. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232-233.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 233.

¹⁵² *Ibidem*, p. 234.

reintegração à família de origem ou, quando comprovadamente inviável, a sua colocação em família substituta.

O § 13, que trata das exceções à observância do cadastro, e o § 14, que cuida dos requisitos a serem preenchidos pelos candidatos enquadrados nas hipóteses do parágrafo anterior, serão analisados mais adiante. Passa-se, então, à reflexão sobre o objetivo para o qual os cadastros de adotantes e de adotandos foram criados.

Certamente a criação dos cadastros foi benéfica, eis que pautada no objetivo de tornar mais célere o processo de adoção e garantir o melhor interesse das crianças e dos adolescentes que esperam, não raras vezes, durante anos, pela adoção. Nesse sentido, Maria Berenice comenta:

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção. Isso porque, se fosse necessário primeiro esperar a destituição do poder familiar para inserir a criança no rol de adotáveis e, depois, se partisse em busca de alguém que a quisesse, para só então proceder à habilitação do candidato à adoção, muito tempo passaria, deixando-se de atender ao melhor interesse da criança.¹⁵³

Assim, para a inclusão da criança ou do adolescente no cadastro de adotandos, não é necessário que já esteja destituída do poder familiar, basta parecer da equipe interprofissional do juízo ou de qualquer um dos programas de acolhimento indicando a adoção como a providência que melhor atenderá os seus interesses. Isso quer dizer que a destituição do poder familiar vai se operar como pressuposto lógico da decretação da adoção.¹⁵⁴

Na opinião de Bordallo:

É de grande vantagem a criação de um cadastro nacional de crianças/adolescentes e pessoas interessadas em adotar [...], pois só assim conseguiremos ter um real mapeamento de crianças/adolescentes passíveis de serem adotadas. Isto fará com que possam ser tomadas as corretas medidas para sanar os problemas que acabaram por fazer com que estas pessoas tivessem que sair do seio de sua família natural. Fará, também e principalmente, com que se verifique quem e quantas são estas crianças e adolescentes, fazendo com que se busque de forma mais rápida uma família para eles.¹⁵⁵

Ademais, completa Maria Josefina Becker que as listagens possibilitam o encontro de pessoas interessadas em adotar com crianças e adolescentes que desejam conviver

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 507.

¹⁵⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 280.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 289.

em uma família, ocorrendo o intercâmbio de informações, formando uma verdadeira rede nacional de dados entre os Estados. Desse modo, é possível uma criança ou um adolescente de um Estado ser adotado por alguém que resida em outro.¹⁵⁶

As regras vistas até agora, antes da análise da finalidade da criação dos cadastros, cuidam do período após a aprovação e inclusão dos candidatos na lista de adotantes. Há que se falar ainda do procedimento de habilitação, ou seja, para se conseguir ingressar como candidato.

Sobre a habilitação de pretendentes à adoção, o § 1º do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “o deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público”. O § 2º do artigo 50 dispõe, ainda, que “não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29”, ou seja, se não for compatível com a medida ou se não apresentar ambiente familiar adequado.

Além dos §§ 3º a 14 do artigo 50, a Lei n. 12.010/09 trouxe inovações referentes ao procedimento de habilitação dos pretendentes à adoção, introduzidas em seção específica, nos artigos 197-A a 197-E.

Antes da referida lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecia que a autoridade judiciária manteria, em cada comarca, um cadastro de pessoas interessadas na adoção. Colocava como pressuposto ao cadastramento a satisfação das exigências legais previstas para a adoção, bem como a necessidade de o adotante oferecer um ambiente familiar adequado e não apresentar incompatibilidade com a medida. Entretanto, não tratava de como se daria a habilitação dos candidatos tampouco esmiuçava quais eram essas exigências.

As especificidades relativas ao cadastro e demais requisitos para a habilitação eram detalhadas em provimentos dos Tribunais. Então, o Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução n. 54/2008, instituiu o Cadastro Nacional de Adoção, estabelecendo diretrizes quanto à sua implementação e ao seu funcionamento. Demais disso, o legislador optou por inserir na própria legislação estatutária uma normatividade que viesse a unificar os procedimentos quanto ao cadastramento. Veja-se.

¹⁵⁶ BECKER, Maria Josefina. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 239.

O artigo 197-A elenca o que o candidato residente no Brasil deve apresentar na petição inicial:

- I - qualificação completa;
- II - dados familiares;
- III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
- V - comprovante de renda e domicílio;
- VI - atestados de sanidade física e mental;
- VII - certidão de antecedentes criminais;
- VIII - certidão negativa de distribuição cível.

Trata-se de procedimento administrativo, o que dispensa a assistência de advogado. Esses requisitos servem para avaliar a compatibilidade da medida e o ambiente familiar a ser oferecido ao adotado. Sobre a competência, Luiz Antonio Miguel Ferreira aduz que o interessado deve se cadastrar perante a autoridade judiciária de seu domicílio, sem necessidade de o pedido ser feito em outros juízos, vez que os cadastros estadual e nacional são unificados. Todavia, se houver mudança de cidade que implique mudança de Estado, deve iniciar novo cadastro junto à Vara da Infância e da Juventude de onde passar a residir.¹⁵⁷

O artigo 197-B concede o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a autoridade judiciária dar vista dos autos ao Ministério Público que, no prazo de 5 (cinco) dias, poderá:

- I - apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei;
- II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas;
- III - requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

No procedimento de adoção, o Ministério Público participará como fiscal da lei. Com atuação livre e independente, o promotor de justiça pode fazer os pedidos acima mencionados. Farias e Rosenvald observam que “dentro dessa liberdade de atuação funcional, o Ministério Público pode se manifestar favoravelmente, ou não, ao pedido de adoção, não estando adstrito a um pronunciamento necessariamente favorável”.¹⁵⁸

A seu turno, o artigo 197-C e seus parágrafos ordenam que uma equipe interprofissional será nomeada para a realização de estudos psicossociais dos postulantes, além da participação obrigatória deles em programa de preparação oferecido pela Justiça da

¹⁵⁷ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 873.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 991.

Infância e da Juventude, preferencialmente com o estabelecimento de contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional.

A equipe interprofissional deve ser composta por assistentes sociais e psicólogos, podendo incluir, médicos psiquiatras e pedagogos. O assistente social e o psicólogo atuam como um perito judicial, observam, investigam e concluem o trabalho com a apresentação de um laudo que diagnostica as situações relacionadas aos pretendentes à adoção e à criança ou ao adolescente adotando.¹⁵⁹

Para Luiz Paulo Santos Aoki:

[...] imprescindível se torna um trabalho minucioso e amplo de psicólogos, assistentes sociais e todos os auxiliares de que a Justiça dispõe, indagando junto à vizinhança da pretensa família guardiã, adotante ou tutora, sobre suas condições de bem desempenhar sua função de substituta, além da observância direta do relacionamento entre a criança ou adolescente e os seus guardiões.¹⁶⁰

Esse é o momento propício para se investigar o ambiente familiar no qual será futuramente inserido o infante, bem como os motivos que efetivamente levaram os requerentes ao pedido de habilitação. Apesar de não garantir o sucesso da adoção, a intervenção prévia da equipe interprofissional revela-se de extrema importância ao se levar em conta a minimização da ocorrência de adoção mal sucedida.

Já o artigo 197-D determina que, concluída a participação no programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, após a juntada do estudo psicossocial e da sua análise pelo Ministério Público, bem como do cumprimento de eventuais diligências e da realização de audiência, decidirá o juiz sobre o pedido de habilitação. Miguel Ferreira observa que o parecer conclusivo do promotor de justiça pode ser a favor ou contra o deferimento da habilitação, além de poder implicar em requerimento de outras diligências que se fizerem necessárias. O autor destaca também que a manifestação do Ministério Público aqui é diferente do parecer inicial no processo de habilitação, pois nesse momento há análise do caso com conhecimento mais aprofundado dos candidatos, em face do estudo técnico já realizado.¹⁶¹

Por fim, consoante o artigo 197-E, deferida a habilitação, o postulante será inscrito no cadastro de pessoas interessadas em adotar, sendo a convocação para a adoção

¹⁵⁹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 875.

¹⁶⁰ AOKI, Luiz Paulo Santos. In: CURY, op. cit., p. 154.

¹⁶¹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. In: CURY, op. cit., p. 884.

feita de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis. O § 1º impõe que essa ordem só pode deixar de ser observada nas hipóteses do § 13 do artigo 50. Ademais, segundo o § 2º, a recusa sistemática na adoção de crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida.

A respeito da recusa sistemática, convém anotar que existe a possibilidade de os pretendentes recusarem determinada criança, por exemplo, em razão da sua idade, pois pretendem uma com até um ano de idade e está disponível uma com seis ou sete anos. O problema é a recusa peremptória, que ocorre quando a adoção não se concretiza apesar de a criança atender às expectativas dos pretendentes. É essa situação que permite a reavaliação da habilitação, podendo implicar a exclusão dos pretendentes do cadastro.¹⁶²

Finalmente, será entregue certificado à pessoa, constando que se encontra habilitada a adotar e já inscrita no cadastro de adotantes, devendo aguardar, consoante a sequência da lista, o surgimento de uma criança ou um adolescente que se enquadre nas suas opções de idade, sexo, cor dos olhos, cor dos cabelos, cor da pele, características essas informadas quando do pedido de habilitação.

Aparecendo tal criança ou adolescente, serão chamadas as pessoas constantes no cadastro por posição de antiguidade para que se conheçam. Havendo identificação entre os envolvidos, será iniciado o processo de adoção. Caso contrário, chamar-se-á a pessoa seguinte do cadastro.¹⁶³

Pela letra da lei, a adoção em favor de candidato não cadastrado previamente somente poderá imperar, conforme o § 13 do artigo 50, 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.

Sobre o primeiro inciso, tem-se que a adoção unilateral, prevista no § 1º do artigo 41 do Estatuto, é aquela em que um dos cônjuges ou um dos companheiros adota o filho do

¹⁶² FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 886.

¹⁶³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 290.

outro, de modo que sejam mantidos os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante. Constitui-se, assim, como uma exceção à regra do rompimento dos vínculos de parentesco entre o adotando e seus pais e parentes consanguíneos.

Essa situação não justifica o prévio cadastramento do adotante, pois procura oficializar um vínculo paterno-filial preexistente, garantindo ao enteado os mesmos direitos que possuem os filhos comuns do casal. Adverte Murillo Digiácomo, no entanto, que mesmo diante da existência do vínculo paterno-filial, ainda haverá a necessidade de apurar o convívio entre o adotante e o adotando, com o objetivo de verificar a existência de afetividade e afinidade na relação, além dos demais requisitos da adoção, como a real vantagem para o adotando e que a adoção fundamente-se em motivos legítimos.¹⁶⁴

Com relação ao segundo inciso, por parente próximo, compreende-se aquele que pertença à chamada família “extensa” ou “ampliada”, que, nos termos do parágrafo único do artigo 25, é formada não apenas pelo núcleo do casal e seus filhos, mas contempla também os parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afetividade. De acordo com Digiácomo, “vale notar que o dispositivo é expreso ao se referir à necessidade de que a presença da relação de afinidade e afetividade seja analisada sob a ótica da criança ou do adolescente, a quem a medida visa aproveitar”¹⁶⁵.

Quanto ao terceiro inciso, somente a tutela ou a guarda legal permitem a dispensa ao cadastro, já que a mera guarda de fato não se enquadra no dispositivo. Além disso, há exigência de comprovação de laços de afinidade e afetividade e não constatação de má-fé ou das situações dos artigos 237 e 238. Estes tratam dos seguintes crimes, respectivamente, “subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto” e “prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”, sendo que no último caso “incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”, como consta do parágrafo único do mencionado artigo.

O § 1º do artigo 197-E estabelece, também, que é indispensável a comprovação de que essas exceções à condicionante do prévio cadastro é a solução que melhor atende ao interesse do adotando. E, ainda, em qualquer dessas hipóteses, o candidato deve provar, no

¹⁶⁴ DIGIÁCOMO, Murillo. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 236-237.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 237.

curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, consoante o § 14 do artigo 50.

Maria Berenice elenca mais uma exceção que possibilita a adoção sem a prévia inscrição no cadastro: a colocação em família substituta, trazida pelo artigo 166 do Estatuto. Para tanto, é necessário que os pais tenham aderido o pedido de colocação em família substituta, podendo ser formulado diretamente em cartório, inclusive sem a assistência de advogado, bastando que sejam ouvidos judicialmente, conforme o § 1º do mesmo artigo.¹⁶⁶

Miguel Ferreira vislumbra ainda outras duas possibilidades de se desatender a ordem do cadastro. A primeira seria quando a criança disponível não possua as características desejadas pelo adotante, por exemplo, cadastra-se com a pretensão de adotar uma criança recém-nascida, do sexo feminino, mas quando chega a sua vez está disponível um menino de um ano de idade. A segunda teria lugar quando a medida ocorrer para não afastar irmãos, por exemplo, uma criança é adotada e nasce o seu irmão, que também está disponível para adoção, deve-se possibilitar que o candidato, embora já tenha adotado uma criança e saído da lista, adote também o irmão.¹⁶⁷

Fora as situações estabelecidas expressamente pela lei, parte da doutrina e da jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a burla ao cadastro de adotantes também se legitima nos casos de adoção *intuitu personae*, desde que consolidado o vínculo afetivo entre adotante e adotando.

Rodrigo Faria de Souza vale-se de exemplo bastante elucidativo:

Em regra, esta adoção ocorre quando uma mulher que irá dar à luz revela a pessoas conhecidas que não tem condições de criar e educar o filho, e que pretende dá-lo a quem tiver mais condições. Por interpostas pessoas ou diretamente, um casal manifesta o desejo de adotar, e não raro passa a dar assistência para que aquele parto seja bem sucedido. Nascida a criança, a mãe a entrega ao casal adotante que, após exercer a guarda de fato por determinado período, ajuíza ação de adoção com o consentimento expresso da genitora, pleiteando antecipação de tutela para obtenção da guarda provisória.¹⁶⁸

Como não existem procedimentos e entendimentos uniformes nas Varas Especializadas da Infância e da Juventude, a possibilidade de o casal vir a adotar aquela

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 507.

¹⁶⁷ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 885.

¹⁶⁸ SOUZA, Rodrigo Faria de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, janeiro de 2009, v. 12, n. 45, p. 184. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

criança é aleatória. Por isso, alguns casais que se veem nessa situação optam pelo registro direto, como filho próprio, praticando a adoção “à brasileira”.

Se o casal buscar a justiça, corre o risco de ver a criança apreendida e levada para alguma instituição, onde aguardará os trâmites da adoção. Aos protestos do casal se responderá que já existe uma “fila” de casais que previamente se habilitaram à adoção, que já foram investigados e que estão aptos a adotar. Deve, por isso, o casal se cadastrar e aguardar a sua vez.¹⁶⁹

A questão que fica é se seria justo, em nome de uma burocrática lista, aquele casal que acolheu a criança, mantendo-a em sua companhia, eventualmente por vários meses, com ela se afeiçoando, subitamente a veja sendo tomada de seus braços, talvez para sempre? Seria essa a medida mais adequada para o resguardo do melhor interesse da criança, levando-se em conta a dor que sofrerá com a separação da família que já reconhecia como sua?

Esse debate é precisamente o objeto de estudo do próximo capítulo.

¹⁶⁹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 141-142.

3 A SOCIOAFETIVIDADE COMO JUSTIFICATIVA DE INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DO CADASTRO DE ADOTANTES

3.1 A adoção *intuitu personae* e seus aspectos controvertidos

Retomando o que foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a adoção à brasileira não se confunde com a adoção *intuitu personae*. Como adoção à brasileira deve ser entendida a situação em que alguém procede ao registro do nascimento de uma criança como se fosse seu genitor biológico, mas não o sendo. Já a adoção *intuitu personae* refere-se à hipótese em que os pais biológicos escolhem os adotantes e, sem a chancela do Poder Judiciário, entregam o filho para que estes exerçam a guarda de fato. No último caso, não há o registro do nascimento da criança em nome dos adotantes.

Na adoção convencional, que segue o rito legal, os pais biológicos devem dar o seu consentimento, mas não escolhem nem ao menos conhecem quem passará a cuidar do seu filho. Na adoção *intuitu personae*, os pais biológicos entregam o filho para quem, por seu arbítrio, entendam que melhor os substituirá.

Com o tempo, nasce uma relação de afetividade entre a criança e a família substituta escolhida. Concomitantemente, surge não só o desejo dos adotantes, mas principalmente, o direito da criança de regularizar a situação fática dessa adoção. A dúvida que fica é sobre a possibilidade ou não de os pais afetivos adotarem legalmente essa criança, ainda que não cumpram o requisito de estarem habilitados para a adoção, ou seja, desrespeitando a ordem do cadastro de adotantes.

O primeiro problema que surge da situação narrada é o fato de os pais biológicos escolherem quem serão os pais adotivos de seu filho.

Na opinião de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são os detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem-estar de seu rebento. Temos que deixar de encarar os pais que optam por entregar seu filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois, se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo amor e carinho por seu filho, buscando

aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar esta escolha.¹⁷⁰

Para Julio Alfredo Almeida, em contrapartida, a adoção *intuitu personae*, com a entrega direta do filho pelos genitores aos adotantes acaba por incentivar o tráfico e a intermediação de crianças, em favorecimento a um comércio repugnante, porém altamente lucrativo, o que é combatido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 238 e 239, além de sofrer severa repressão no regramento internacional.¹⁷¹

Acerca do argumento de que se estaria compactuando com a “venda” de uma criança, ao se permitir que os pais biológicos entreguem diretamente o seu filho, Bordallo rebate:

Por certo que a troca de uma criança por dinheiro ou algum outro benefício é fato que causa grande repulsa e também somos contrários a ela, mas é certo que nem sempre isto irá ocorrer. Não se deve ter a ideia de má-fé envolvendo todos os atos que são praticados envolvendo a entrega de uma criança, sendo este um preconceito dos profissionais do direito. Existindo alguma suspeita que tal situação possa ter ocorrido, deverá ser investigada no transcorrer do processo de adoção, sendo tomadas as medidas legais cabíveis, caso seja ele comprovado.¹⁷²

Assim, resta configurada a adoção *intuitu personae* apenas quando há a entrega da criança sem contraprestação de qualquer natureza, pois, do contrário, pratica-se o crime de efetivar a entrega de filho mediante paga ou recompensa (artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Outro argumento que se levanta contra a adoção *intuitu personae* é o de que os pais biológicos não são pessoas qualificadas para a indicação da família adotiva, devendo o Estado intervir necessariamente nessa escolha.

Sobre o ponto, pode-se fazer uma analogia com o instituto da tutela. O Código Civil prevê, em seus artigos 1.728, inciso I e 1.729, *caput* e parágrafo único, que a colocação do filho menor em família substituta pode ser feita mediante a tutela. No caso da tutela testamentária ou documental, a nomeação do tutor compete exclusivamente aos pais.

¹⁷⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 326.

¹⁷¹ ALMEIDA, Julio Alfredo de. **Adoção intuitu personae**: uma proposta de agir. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002, p. 13. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁷² BORDALLO, op. cit., p. 326.

Os pais podem nomear tutor em testamento ou outro documento autêntico para que exerça a tutela sobre seu filho, no caso de morte ou ausência deles. O tutor será responsável pela educação, saúde, alimentação e demais deveres inerentes a essa condição.

Então, se na tutela é permitido aos pais escolherem de forma direta os tutores de seus filhos, sem que o juiz interfira na indicação, não haveria razão de os pais biológicos não poderem escolher a família adotiva dos filhos entregues à adoção. O raciocínio seguido para a concessão da tutela, qual seja, de que os pais sabem quem é a melhor pessoa para cuidar de seus filhos no caso de morte ou ausência deles, deveria ser o mesmo para legitimar a adoção *intuitu personae*.

Essa questão não é enfrentada pelos autores que se posicionam contra a adoção de criança determinada, mas quanto à doutrina que aceita essa possibilidade, destaca-se Maria Berenice:

Basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor ao filho (CC 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. Aliás, não se pode olvidar que o encaminhamento de crianças à adoção requer o consentimento dos genitores (ECA 166).¹⁷³

No mesmo sentido, Suely Mitie Kusano:

Seguindo a mesma sistemática prevista para a tutela nos arts. 1731 e 1732 do novo Código Civil e observados os impedimentos parentais adequados para a adoção, deveria ser acolhida, preferencialmente, a indicação feita pela mãe ou por ambos os pais, no exercício do poder familiar, admitida a adoção *intuitu personae*, podendo tal indicação recair sobre a pessoa do cônjuge ou do companheiro da genitora (adoção unilateral) ou parentes do adotando, independentemente de prévia inscrição no cadastro de adotantes.¹⁷⁴

Sobre a questão de não haver certeza se os adotantes terão as condições necessárias para exercer a paternidade e a maternidade, Bordallo arremata:

Este fato será avaliado no transcorrer da instrução processual, através dos pareceres da equipe interprofissional. Concluindo o parecer pela inabilidade dos adotantes para exercer o papel de pai e mãe, deverá ser retirada a criança da guarda destes e ser buscada outra pessoa para cumprir este papel.¹⁷⁵

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 498.

¹⁷⁴ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 135. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁷⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 326-327.

Com efeito, não haveria justificativa em se respeitar a opinião da genitora após a sua morte e desrespeitá-la quando em vida. Até porque, evidentemente, a pessoa escolhida pelos pais para ser o adotante da criança, passará por estudo psicológico, avaliação dos assistentes sociais e demais profissionais que compõem o sistema de justiça da infância e juventude, podendo ter ou não, ao final, o crivo judicial, a depender do que for averiguado.

Um terceiro argumento contrário à adoção *intuitu personae* funda-se no desrespeito ao cadastro de adotantes, considerando a sua obrigatoriedade imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Almeida considera que a observância ao cadastro de pretendentes à adoção é obrigatória e absoluta, só podendo ser mitigada em três situações específicas: parentesco, afinidade e afetividade. Fora dessas hipóteses, para o autor, “a adoção *intuitu personae* há que ser tratada e combatida de forma absolutamente rápida, precisa e rigorosa, impedindo-se a formação dos vínculos”.¹⁷⁶

De fato, a opção do legislador em instituir os cadastros é bastante útil na medida em que facilita a apuração dos requisitos legais exigidos para a adoção, além de otimizar o trabalho da equipe interprofissional na busca da compatibilidade entre adotante e adotando.

Não se pode olvidar que foi com base no postulado do melhor interesse infanto-juvenil que o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu a organização de cadastros de interessados em adotar, formando-se lista de pretendentes de acordo com as características da criança que se quer adotar e em ordem cronológica de habilitação. Tal instrumento impede ou visa a impedir que a paternidade adotiva em nosso país seja fruto da clandestinidade ou tenha interesses outros que não a afetividade, fundamental para tais relações. Demais disso, a ordem de precedência por ele estabelecida prestigia a isonomia entre os postulantes, democratizando a possibilidade de se adotar uma criança ou um adolescente.

Por outro lado, Maria Berenice concebe o cadastro como mero instrumento organizador e facilitador, reputando-lhe um papel secundário no processo de adoção:

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 pelo só fato de estarem incluídos no registro de adoção. Não

¹⁷⁶ ALMEIDA, Julio Alfredo de. **Adoção *intuitu personae***: uma proposta de agir. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002, p. 12. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

sendo a pretensão contrária ao interesse da criança, injustificável negar a adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados.¹⁷⁷

Assim, apesar de a Lei n. 12.010/2009 ter introduzido a regra de que a adoção por pessoas não cadastradas "somente" será permitida nos casos enumerados, para alguns autores, o rol do § 13 do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser tomado de forma taxativa, mas sim como hipóteses exemplificativas. Isso porque não esgota as situações em que o interesse da criança mostra-se mais benéfico do que o respeito ao cadastro. Quer dizer, a análise do melhor interesse da criança deve ser feita consoante ponderação dos benefícios e prejuízos a ela trazidos no caso concreto.

A absoluta prioridade que se dá em atender a ordem cronológica do cadastro deixa, por vezes, o melhor interesse do adotando de lado. O primeiro da fila pode não ser a pessoa adequada para cuidar de uma criança com determinadas características particulares. Nesse pensar, o requisito legal do cadastramento não pode ser o único a determinar qual a família indicada para a boa criação do menor.

No entendimento de Suely Mitie Kusano, a inscrição no cadastro de adotantes afigura-se mais como uma etapa burocrática ou um obstáculo a ser vencido, parecendo-lhe mais apropriado que o estudo e a avaliação feita por psicólogos e profissionais da área sejam realizados quando já identificados o adotante e o adotando, ou seja, depois de iniciado o processo adotivo e não previamente.¹⁷⁸

Existe, ainda, um último argumento que defende que a adoção *intuitu personae* não pode ser aceita por não haver previsão legal expressa no ordenamento quanto a essa figura.

Com a inclusão do § 13 no artigo 50 do Estatuto, percebe-se que a intenção do legislador foi a de restringir os casos em que pessoas não cadastradas possam ter o pedido de adoção deferido, a fim de evitar que a ordem cronológica do cadastro seja desobedecida. Caso os pais renunciem ao poder familiar, deverá, então, ser feita uma consulta ao cadastro de pretendentes, observando-se a sequência das inscrições.

¹⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 508.

¹⁷⁸ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 133. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

Ocorre que tal regra não vai acabar com os problemas da adoção “à brasileira” nem mesmo com a adoção dirigida. As mães biológicas vão continuar a entregar os seus filhos a quem lhes pareça mais confiável para cuidá-los e educá-los. Em suma, a prática nem sempre corresponde ao objetivo legal. Sobre a questão, posiciona-se Bordallo:

É uma péssima regra, que não deveria contar de nosso ordenamento jurídico. Trata-se, [...], de necessidade de controle excessivo da vida privada e ideia de que todas as pessoas agem de má-fé. Esta regra restringe a liberdade individual, viola o poder familiar, pois tenta impedir que os pais biológicos, ainda detentores do poder familiar, escolham quem lhes pareça deter melhores condições para lhes substituir no exercício da paternidade.¹⁷⁹

A não previsão da adoção *intuitu personae* pela n. Lei 12.010/2009 não anula as expectativas legítimas de reconhecimento do instituto, pois se não há autorização legal para esse tipo de adoção, também não há vedação expressa. Na lição de Maria Berenice, essa omissão do legislador não obsta a adoção *intuitu personae*:

A Lei de Adoção acaba por admitir tal possibilidade ao permitir que a pessoa ou casal cadastrado para o acolhimento familiar receba crianças mediante guarda (ECA 33 § 2º). E quem detém a guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente pode adotar mesmo que não esteja cadastrado à adoção. Basta a presença de laços de afinidade e afetividade e não exista má-fé (ECA 50 § 13 III).¹⁸⁰

O que importa é que, do ponto de vista jurídico, não há nenhum empecilho na legislação quanto aos pais biológicos poderem entregar seu filho a quem acharem que poderá bem exercer a paternidade socioafetiva.

Com efeito, não parece sensato respeitar a todo custo o cadastro de adotantes. Em vista do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, não há como se garantir a preferência do próximo candidato cadastrado, no caso de ficar constatado prejuízo ao adotando. Esse prejuízo está relacionado à ruptura de eventual filiação socioafetiva já configurada. Ou seja, a observância ao cadastro, criado para facilitar a adoção, não pode determinar o rompimento de vínculo socioafetivo, o que prejudicaria a criança ou o adolescente envolvido.

Maria Berenice, citando José Bernardo Ramos Boeira, assinala:

A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se

¹⁷⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 333.

¹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 498.

atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.¹⁸¹

Então, estabelece-se o vínculo de afeto entre adotantes e adotado como um critério para que a adoção *intuitu personae* seja aceitável. A demonstração da existência desse laço será feita pelos pareceres sociais e psicológicos apresentados pela equipe da Vara da Infância e da Juventude. Perfilhando o afeto como critério para acolher a adoção *intuitu personae* como exceção ao cadastro, Bordallo avalia:

Toda a situação deve ser trabalhada com bom senso. Não devemos nos posicionar contra com a alegação de que está sendo violada a regra que obriga o respeito ao cadastro. Não devemos aceitá-la sempre, pois o melhor interesse da criança pode não estar sendo atendido se não houver vínculo de afetividade.¹⁸²

Cada caso deverá ser analisado pelo juiz de acordo com as circunstâncias concretas, sem que se sinta tolhido por qualquer procedimento burocrático, tal qual o rigor da lista de adotantes. Essa análise deve se basear no critério do afeto porque é ele um dos aspectos intrínsecos à família, a ponto de ser reconhecido como valor jurídico, encontrando-se tutelado constitucionalmente no âmbito do direito de família.

Segundo Bordallo:

O afeto é o componente mais importante nas relações familiares, pois lhes 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.¹⁸³

A família decorrente do afeto é, então, a verdadeira forma de se constituir uma família, da qual a adoção é o grande exemplo. A relação socioafetiva entre pai e filho surgida da adoção é a filiação em sua mais pura essência, uma vez que estabelece um parentesco eletivo fundado no amor, no afeto e na solidariedade, não sendo impingida por nenhum fato ocorrido contra a vontade das pessoas. Já na paternidade biológica, a título exemplificativo, muitas vezes, o nascimento de um filho decorre de uma gravidez indesejada, o que faz com que esse filho seja recebido, mas não amado.

Certamente, retirar a criança ou o adolescente de uma família com a qual já constituiu vínculos afetivos e colocá-la em outra ou em uma instituição de acolhimento é uma

¹⁸¹ BOEIRA apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 372.

¹⁸² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 331-332.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 334.

prática perversa e afronta os interesses desses sujeitos de direito. Como bem analisado por Bordallo:

Toda criança/adolescente que tem a possibilidade de ser adotada já passou por um momento de rejeição em sua vida, tendo conseguido obter e dar amor a um estranho que vê, agora, como um pai, superando o sentimento de perda. Não se justifica que, em nome ao respeito a uma regra que tem a finalidade única de dar publicidade e legalidade às adoções, o sentimento, o sustentáculo da adoção, seja colocado em segundo plano e a criança seja obrigada a passar por outro drama em sua vida, sair da companhia de quem aprendeu a amar.¹⁸⁴

Por outro lado, no entender de Almeida:

Realizar investigação acerca das reais condições do adotante, estando ele com a criança que angariou espuriamente, na prática é homologar sua vontade, preferir pessoas habilitadas e aptas à adoção, pois o inarredável passar do tempo de tramitação processual – por mais rápido que seja – formará o vínculo, criará o afeto e tornará inviável a separação.¹⁸⁵

A solução proposta pelo último seria tomar parâmetros temporais, com respaldo na medicina, por seus ramos vinculados à psicanálise e psicologia, para definir um tempo em abstrato de até quando seria possível a separação entre adotando e pretense adotante, sem que cause prejuízo significativo àquele.¹⁸⁶

A definição desse marco temporal passa pela constatação ou não do estabelecimento do vínculo afetivo entre o menor de idade envolvido e seu guardião de fato. Destaca-se, por oportuno, que a formação do apego deve ser especulada sob o ponto de vista da criança ou do adolescente, pois a figura do adotante, com relação aos seus sentimentos e suas expectativas quanto à adoção, é importante somente em segundo plano.

Na tentativa de um conceito, Kusano observa:

O afeto, tido como o carinho com que as pessoas se tratam entre si em demonstração do amor e solidariedade, dá ensejo ao apego que se refere ao tom emocional que, em se tratando da relação entre pais e filhos, envolve a criança em desenvolvimento e o seu provedor externo, que é a pessoa primariamente responsável pelos cuidados e a quem o bebê ou criança dirige suas energias emocionais e que motiva o desenvolvimento intelectual, psicológico e emocional.¹⁸⁷

¹⁸⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 291.

¹⁸⁵ ALMEIDA, Julio Alfredo de. **Adoção intuitu personae**: uma proposta de agir. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002, p. 14. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 14.

¹⁸⁷ BOWLBY, John apud KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 141. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

O psicanalista britânico John Bowlby, citado por Kusano, estudou sobre o assunto e formulou a teoria do apego, tornando-se referência para os demais autores que abordam o tema. Para Bowlby, o fenômeno do apego acontece por volta da segunda metade do primeiro ano de vida. Mas, para uma melhor compreensão da questão, é imprescindível mencionar as quatro fases na construção do apego descritas pelo psicanalista.

A primeira fase, chamada de pré-apego ou “fase de orientação e sinais com discriminação limitada da figura”, começa a partir do nascimento e se prolonga até oito semanas, é aquela em que “o bebê orienta-se conforme os estímulos externos, basicamente auditivos e olfativos, reagindo com movimento dos globos oculares e acalma-se ao ouvir uma voz ou ver um rosto”.¹⁸⁸

Na segunda fase, denominada formação do apego ou “fase de orientação e sinais dirigidos para uma figura discriminada”, inicia-se entre a oitava e a décima semana e vai até os seis meses de idade, onde “o bebê apega-se a uma ou mais pessoas de seu ambiente, mas mantém comportamento amistoso com todas as pessoas ao seu redor”.¹⁸⁹

Já a terceira fase, ou “fase de manutenção da proximidade com uma figura discriminada por meio de locomoção ou de sinais”, que vai dos seis aos sete meses até o início do terceiro ano de idade, vinciativa e dependente, é definida por “ações tendentes a seguir a mãe que se afasta, de recebê-la efusivamente quando regressa e de usá-la como base para explorações, tornando evidente o apego da criança à figura materna”. A relação com terceiros apresenta crescente cautela, podendo, com certa probabilidade, causar retraimento. É nesse estágio que se torna evidente o apego com a mãe.¹⁹⁰

Enfim, a quarta fase, intitulada “fase de formação de uma parceria corrigida pela meta”, é caracterizada pela etapa em que “a criança passa a adquirir um discernimento intuitivo sobre os sentimentos e motivos da mãe, iniciando as bases para um relacionamento mútuo e muito mais complexo”, denominado “parceria”. O afeto recíproco, ou solidariedade, confere a capacidade de entendimento e compreensão dos fatos e nexos de causalidade. É

¹⁸⁸ BOWLBY apud KUSANO, Suelly Mitie. *Adoção intuitu personae*. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 142. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 142.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 142.

mais facilmente identificada com o início do terceiro ano de vida, a depender da intensidade da fase anterior e do grau de maturidade da criança para a faixa etária que pertence.¹⁹¹

Dessa forma, a formação do apego inicia-se a partir dos dois meses de vida do bebê, tornando-se evidente só após os seis meses, quando a ligação com a figura materna, ou quem a substitua, consolida-se. Nesse sentido, valendo-se das palavras dos psiquiatras norte-americanos Harold Kaplan e Benjamin Sadock, Almeida cita que, em tese, a separação entre o bebê e a pessoa que reconheça como seu provedor, não lhe ocasionaria trauma nas duas primeiras fases. Entretanto, a partir dos seis meses de idade, o bebê chora e exhibe outros sinais de sofrimento ao ser afastado da mãe ou do responsável.¹⁹²

Em corroboração a essas constatações acerca do comportamento humano no início da vida, o psicólogo Terry Faw, citado por Almeida, ressalta que nos cinco ou seis primeiros meses de vida, o recém-nascido exhibe afeição indiscriminada, assim, embora os bebês de dois meses possam chorar quando estão no berço, o choro cessa quando são aconchegados no colo, sem importar por quem seja a pessoa. Isso porque as crianças com dois meses de idade não diferenciam entre os indivíduos e respondem a todos de modo similar. Com aproximadamente sete meses de idade é que surge a afeição específica, além de um medo de estranhos.¹⁹³

Conclui-se, portanto, que os estudos reproduzidos demonstram que, na medida em que a criança desenvolve-se, a afetividade com a mãe ou o responsável vai sendo formada, podendo-se afirmar que o início da relação duradoura e, por isso, com sofrimento pela separação, esboça um início a contar, no geral, dos seis ou sete meses de idade.

Nas situações de adoção *intuitu personae* é mais comum que o adotando conte com poucos meses de idade. Por essa razão, Almeida sugere que o tempo de vida da criança seja utilizado como balizador para a verificação da existência do vínculo afetivo com o seu guardião de fato. Isso porque “o sentimento de separação ou perda, está intimamente ligado à

¹⁹¹ BOWLBY apud KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 142-143. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁹² KAPLAN; SADOCK apud ALMEIDA, Julio Alfredo de. **Adoção intuitu personae: uma proposta de agir**. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002, p. 16. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁹³ FAW apud ALMEIDA, op. cit., p. 16-17.

formação ou não do apego, logo, enquanto não formado o vínculo, o afastamento da figura materna não produz ou tende a não produzir efeitos patológicos na criança”.¹⁹⁴

Assim, até os seis meses de idade, configurada alguma hipótese que enseje uma adoção *intuitu personae*, o adotando deve ser retirado da guarda da pessoa para a qual a sua genitora o entregou diretamente e ser entregue ao primeiro casal cadastrado. O autor justifica que antes disso, seguramente, a criança não criou afetividade com a família em que foi irregularmente colocada.¹⁹⁵

Entre os seis e oito meses de vida, deve haver investigação acerca da formação do vínculo, para que, em caso negativo, cesse imediatamente a convivência ou, se presente a afetividade, seja investigado se os pretensos adotantes preenchem as condições para o deferimento da adoção.¹⁹⁶

Já depois dos oito meses, tendo em vista que cientificamente decorreu tempo suficiente para a formação do vínculo afetivo, impera a concessão da adoção, devendo-se apurar apenas se os guardiões de fato não estão inseridos nos casos de destituição ou suspensão do poder familiar.¹⁹⁷

Em resumo, Almeida defende que se uma pessoa ou um casal recebeu indevidamente uma criança recém-nascida, por transferência direta dos genitores ou por qualquer outro meio não admitido legalmente, poderá essa relação ser rompida até os seis meses de idade da criança, independentemente das boas ou más condições daqueles que detém sua guarda de fato.¹⁹⁸

Bordallo, por sua vez, questiona o método acima proposto quanto às crianças com idade igual ou inferior a seis meses, “já que se pode perceber que desde muito pequenas as crianças já reconhecem as pessoas com as quais convivem diariamente”.¹⁹⁹ Assim, independentemente da faixa etária do adotando, na hipótese de restar demonstrada a existência de vínculo afetivo entre o pretense adotante e a criança, este deverá prevalecer, a

¹⁹⁴ ALMEIDA, Julio Alfredo de. *Adoção intuitu personae*: uma proposta de agir. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002, p. 23. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 33-34.

¹⁹⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 34.

¹⁹⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 23.

¹⁹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 327.

fim de minorar as consequências decorrentes da colocação em família substituta e garantir a aplicabilidade do princípio do melhor interesse.

Apesar dos profissionais da área da saúde fixarem a idade média de seis meses para a constituição do apego, na interpretação de Eunice Ferreira Rodrigues Granato, a Lei n. 12.010/2009 veio impossibilitar a adoção *intuitu personae* em relação a crianças com menos de três anos de idade.²⁰⁰ A autora chega a essa conclusão ao analisar o inciso III do § 13 do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O dispositivo excepciona a exigência de cadastramento prévio dos adotantes quando o pedido for oriundo de quem detenha a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos, comprovados os laços de afinidade e afetividade.

Granato atenta que a obrigação de obediência à ordem cronológica dos inscritos no cadastro de adotantes, prevista no artigo 197-E do Estatuto, inviabiliza ainda mais a adoção *intuitu personae*. O casal que está na posse de uma criança e se cadastra para pedir a sua adoção, irá perdê-la para o primeiro da fila, já cadastrado anteriormente.²⁰¹ No entanto, critica referida regra:

Ao estabelecer o art. 197-E que a convocação para a adoção será feita pela ordem cronológica da adoção, retira do juiz e do corpo técnico a opção da entrega da criança ou do adolescente aos pretendentes que melhor atendam ao interesse da criança. Choca -se, também, com o direito que tem o adolescente de concordar ou não com a adoção por parte do candidato que está em primeiro lugar na fila. Poderá ele querer ser adotado por um casal que esteja em último lugar e com o qual melhor se adapta.²⁰²

Ademais, Granato alerta que se torna impossível a situação da futura mãe que promete o filho que terá a um casal que passa a acompanhá-la e assisti-la, diante do que dispõe o parágrafo único do artigo 13 do Estatuto: “As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”. Para reforçar a regra, o legislador tipificou como crime, nos termos do artigo 258-B do Estatuto, a conduta do médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante que deixa de encaminhar imediatamente à autoridade judiciária caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção.²⁰³

²⁰⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 143.

²⁰¹ Ibidem, p. 143-144.

²⁰² Ibidem, p. 87.

²⁰³ Ibidem, p. 144.

Com a constatação da impossibilidade da adoção *intuitu personae*, segundo Granato, resta apenas a adoção burocrática imposta pelo Estado, “sem qualquer condição de os detentores do poder familiar escolherem uma família ideal para o filho que não podem criar”.²⁰⁴

Murillo Digiácomo comemora a opção do legislador e defende que o poder do Estado sobreponha-se ao poder familiar dos pais, cabendo àquele e não a estes dizerem quem deve adotar a criança. Para o autor:

Quis o legislador [...] criar entraves à chamada “adoção *intuitu personae*”, que geralmente envolve crianças recém-nascidas ou em tenra idade, que são confiadas à guarda de fato de terceiros de forma completamente irregular, não raro à custa de paga ou recompensa (caracterizando assim o crime tipificado no art. 238 do ECA). Pessoas interessadas em adotar devem ter consciência de que o único caminho a seguir é o caminho legal, com a prévia habilitação (e preparação) à adoção, não podendo a Justiça da Infância e da Juventude ser complacente com aqueles que agem de má-fé e/ou usam de meios escusos para obtenção da guarda ou adoção de uma criança.²⁰⁵

Registra, ainda, a justificativa para o seu posicionamento:

Vale lembrar que crianças não são “propriedades” de seus pais e não deve ser reconhecido o “direito” de entregar seus filhos aos cuidados de terceiro, abrindo mão dos deveres inerentes ao poder familiar, que são indelegáveis e irrenunciáveis. A Justiça da Infância e da Juventude deve coibir, com rigor, práticas abusivas e/ou ilícitas de qualquer natureza em matéria de adoção e seus incidentes, primando pela moralidade do instituto que não pode servir para satisfação dos interesses (não raro inconfessáveis) de adultos. Aqueles que buscam a guarda de crianças para fins de adoção por meios escusos e/ou ao arrepio da sistemática estabelecida pela legislação, não devem ter sua conduta “chancelada” pelo Poder Judiciário.²⁰⁶

Em que pese tal argumento, grande parte da doutrina posiciona-se a favor da flexibilização do cadastro, desde que presente o vínculo afetivo. Para Farias e Rosenvald, o juiz poderá, a depender do caso concreto, autorizar a adoção por pessoa ou casal fora da lista ou fora da sua vez, atendendo-se os princípios informadores da adoção, em especial, a proteção integral da criança e do adolescente e a real vantagem do adotando.²⁰⁷

Assim, em situações específicas, quando já se estabeleceu um forte vínculo entre o infante e o pretendente à adoção, é justificável que se releve a exigência de inscrição prévia,

²⁰⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática** – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 144.

²⁰⁵ DIGIÁCOMO, Murillo. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 237-238.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 238.

²⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 993.

sob pena de sacrifício do melhor interesse da criança ou do adolescente em privilégio de formalismos legais.²⁰⁸

Maria Berenice, sob o mesmo enfoque, faz a sua crítica:

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas. É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição, até porque jamais havia pensado em adotar.²⁰⁹

Sem adentrar na minúcia de pré-estabelecer um período no qual seja provável que o apego já esteja formado, para os autores favoráveis à mitigação da ordem estatuída no cadastro de adotantes, importa que se averigüe a existência ou não do vínculo. Se o adotando estiver afetivamente ligado ao pretense adotante não cadastrado seria desarrazoado afastá-los, para o fim do mero atendimento à exigência de habilitação anterior.

3.2 A proposta dos Projetos de Leis n. 1.212/2011 e n. 1.917/2011

Atendendo aos anseios da doutrina favorável ao reconhecimento da adoção *intuitu personae*, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.212/2011²¹⁰, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (PMDB-MT), apensado ao Projeto de Lei n. 1.917/2011²¹¹, de autoria do Deputado Federal Sabino Castelo Branco (PTB-AM), que visam juridicizar a participação da mãe biológica na escolha dos pais adotivos.

Na realidade, tais projetos são inovadores em relação à doutrina, uma vez que admitem a inobservância da ordem cronológica do cadastro de adotantes sem a exigência de que seja constatada a formação de vínculo afetivo entre o adotando e o pretense adotante não cadastrado.

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 993.

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497-498.

²¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1.212/2011. Acrescenta dispositivo à Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em 13 jun. 2013.

²¹¹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1.917/2011. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, incluindo parágrafos em seu artigo 13, renumerando o artigo único, referente à entrega de filhos para adoção. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em 13 jun. 2013.

O Projeto de Lei n. 1.212/2011 prevê a legalização da adoção de criança ou adolescente, independentemente da ordem do cadastro de adotantes, por quem os tenha recebido de forma expressa de seus genitores ou por pessoa que os tenha acolhido em situação de perigo ou abandono. Para tanto, no caso de sua aprovação, seria acrescentado o artigo 50-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte redação:

Art. 50-A. Serão adotados, independentemente da ordem no registro de criança e adolescentes em condições de serem adotadas ou no registro de pessoas interessadas na adoção, aqueles que, atendendo às demais condições legais, especialmente as previstas nos parágrafos do art. 28, no art. 29 e no art. 43:

I – tenham sido expressamente doados pelo genitor ou genitores conhecidos;

II – tenham sido acolhidos, em situação de perigo devido a abandono, por pessoas que venham a se interessar pela adoção.

Nos termos da justificção do autor do projeto, o Deputado Federal Carlos Bezerra, a obediência à ordem de inscrição tem o mérito de coibir discriminações negativas, mas impede a adoção em situações peculiares, em prejuízo do adotando.

Uma dessas situações colocadas pelo Deputado Federal ocorreria quando determinada criança é entregue pelos pais aos cuidados de outrem, geralmente por motivos econômicos. O fundamento para a concessão da adoção da criança em favor da pessoa ou do casal que a recebeu dos genitores estaria no reconhecimento do legislador acerca da importância do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando quanto à adoção, conforme dispõe o *caput* do artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra situação seria o caso de uma criança abandonada e encontrada ou acolhida por certa família, a qual não tinha interesse na adoção, mas passou a ter depois do fato. No ponto, o Deputado Carlos Bezerra afirma que uma interpretação sistemática do Estatuto e de seus princípios autorizaria essa adoção. Isso porque, como demonstra o artigo 28, § 3º e o artigo 43 do referido diploma legal, a afinidade e a afetividade devem ser levadas em conta na apreciação do pedido, além do que, o deferimento da adoção deve ser dado quando esta apresentar reais vantagens para o adotando e se fundar em motivos legítimos.

Elenca, ainda, como mais uma razão à necessidade de atenuação da ordem dos registros, o seu receio de que a inexistência de autorização legal para a adoção direta no caso de entrega voluntária da criança pelos pais a terceira pessoa venha incentivar a prática do abandono.

Para a advogada Tânia da Silva Pereira, presidente da Comissão da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a aprovação do projeto impedirá o esquecimento de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento. Atenta

também que “a possibilidade de se entregar o filho para uma pessoa em quem se confia, representa a chance de uma vida melhor à criança que não se pretende acolher”.²¹²

Já o Projeto de Lei n. 1.917/2011 prevê a alteração do parágrafo único do artigo 13 do Estatuto, renumerando-o, com a inclusão de outros parágrafos, na forma a seguir:

Art. 13

§1º As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude podendo, caso desejem, indicar pessoa que poderá adotar o menor. (NR)

§2º O indivíduo que encontrar ou auxiliar criança ou adolescente vítima de maus tratos ou abandono, nos termos do caput do presente artigo, poderá candidatar-se à adoção da mesma, passando a contar com prioridade na análise do processo de adoção.

§3º As hipóteses constantes dos parágrafos anteriores não isentam o interessado na adoção das determinantes previstas na Subseção IV da presente Lei.

Como ressaltado pelo Deputado Federal Sabino Castelo Branco, autor do respectivo projeto, são corriqueiras situações em que pessoas, ao encontrarem crianças ou adolescentes abandonados ou vítimas de maus-tratos, apresentem-se para a sua adoção, inúmeras vezes sem alcançar sucesso.

A mesma dificuldade é enfrentada por mães que desejam transferir a guarda de seu filho a certa família, que sabidamente seja capaz de dedicar à criança o carinho, a atenção e dar o suporte que elas não poderiam oferecer.

Para o Deputado Federal, a burocracia exigida em torno da adoção e, principalmente, a ausência de previsão legal a respeito, acaba por frustrar tal nobre intenção e, mais do que isso, ocasionar situações menos favoráveis ao adotando. Afinal, em se observando o cadastro de adotantes, nada garante que a pessoa que venha a adotar a criança ou o adolescente, destine-lhe a mesma dedicação do que aquela que a/o defendeu e a/o atendeu em um momento de maior dificuldade.

É importante salientar, nos termos do projeto de lei em comento, que a prioridade conferida a esses adotantes pré-determinados, que não constam da lista, dependerá da satisfação dos pressupostos legais para que se concretize em seu favor a adoção do menor abandonado ou maltratado.

²¹² PEREIRA, Tânia da Silva. **Adoção consentida pode virar lei**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4622>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

3.3 Precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça

A postura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não é diversa da maior parte da doutrina que, conforme explanado, defende a relativização da ordem cronológica prevista no cadastro de adotantes diante da comprovação de vínculo afetivo entre o adotando e a pessoa ou o casal que, embora não previamente cadastrado, almeja a sua adoção. O problema que surge é quanto ao tempo decorrido necessário para a aferição desse vínculo, parâmetro que irá depender da interpretação de cada julgador no caso a ser analisado.

Um dos precedentes que bem elucida o posicionamento do nosso Tribunal de Justiça sobre a adoção *intuitu personae* é a Apelação Cível n. 2012.020680-5, proveniente da Primeira Câmara de Direito Civil, de relatoria do Desembargador Carlos Prudêncio, julgada em 02 de outubro de 2012. No caso, os guardiões de fato de uma criança ajuizaram ação de adoção que foi julgada procedente em primeira instância. Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que a adoção em tela não obedeceu a ordem cronológica do cadastro de pretendentes à adoção, nem houve comprovação de que a separação entre os apelados e a adotanda causaria prejuízos a ela, além de que a pretendida adoção estaria eivada de fraude à legislação e má-fé dos recorridos. O recurso, no entanto, não foi provido e restou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. GRAVIDEZ INDESEJADA, COM INTENÇÃO DE COMETIMENTO DE ABORTO PELA MÃE BIOLÓGICA. ENTREGA DA CRIANÇA, LOGO APÓS O NASCIMENTO, A COLEGA DE TRABALHO E SEU COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ E/OU COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. CRIANÇA COM MAIS DE QUATRO ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM OS ADOTANTES NO MESMO PERÍODO. VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL À ADOÇÃO. MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRIORIDADE ABSOLUTA. SENTENÇA QUE DEFERIU A ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.²¹³

A guarda de fato, na espécie, foi motivada no seguinte episódio: a mãe biológica da criança, então colega de trabalho da apelada, quando soube que estava grávida pretendia cometer aborto, em virtude do abandono do namorado, pai biológico da criança, e de não ter

²¹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.020680-5. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e L. S. e outro. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio. Florianópolis, 02 out. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 out. 2012.

condições financeiras para criar mais uma filha, tendo em vista que já possuía outra criança. Ao ter conhecimento dessa pretensão, a apelada, que não poderia mais ter filhos, propôs que a gravidez fosse levada adiante e, assim que nascida a criança, comprometeu-se, juntamente com seu companheiro, a cuidá-la como se sua filha fosse. Foi assim que ocorreu, a gestação foi mantida e quando a criança nasceu foi entregue aos apelados, que passaram a ser seus guardiões de fato.

O relator destacou em seu voto:

Assim, o que se denota do presente caso é que a conduta da apelada foi fundamental para que a mãe biológica desistisse de cometer aborto, o que, considerando a ausência de indícios de recompensa financeira e/ou má-fé, indica ser digna de elogios o ato da apelada que, conjuntamente com seu companheiro, também apelado, criou a menor L.C. desde seu nascimento, proporcionando à pequenina toda a dedicação, carinho, cuidados e atenção inerentes, via de regra, aos detentores do poder familiar.²¹⁴

Descaracterizou a má-fé dos recorridos apontada pelo Ministério Público, entendendo que a verossimilhança de suas alegações foi demonstrada no fato de terem procurado o Poder Judiciário a fim de regularizar a situação. O tempo decorrido, sendo que a menina já contava com mais de quatro anos de idade, com a possível formação de laços afetivos entre os guardiões de fato e a menor e entre a infante e a família extensa daqueles, também foi fator levado em conta pela decisão que, mantendo a sentença, deferiu-lhes a adoção.

Outro caso emblemático julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi a Apelação Cível n. 2012.072112-5, proveniente da Quinta Câmara de Direito Civil, de relatoria do Desembargador Henry Petry Junior, julgada em 29 de novembro de 2012. O Ministério Público propôs ação de busca e apreensão cujo objetivo era o abrigamento de uma criança que estava sob a guarda de fato do casal demandado por um ano desde tenra idade. A sentença, de improcedência na origem, foi mantida pelo Tribunal sob o fundamento de que a retirada do infante daquele lar mostrava-se inviável, pela presunção do vínculo afetivo formado, sendo o interesse da criança prevalecente sobre a observância do cadastro.

O julgado enaltece a importância do cadastro de adotantes como instrumento que visa atender ao melhor interesse de todos os infantes que se encontram disponíveis para adoção. Portanto, a sua observância é imprescindível para que mantenha credibilidade perante

²¹⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.020680-5. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e L. S. e outro. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio. Florianópolis, 02 out. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 out. 2012.

a sociedade e para que os interessados sintam-se estimulados a se habilitarem. Do contrário, a nobre intenção do legislador restaria esvaziada. Então, a regra, indubitavelmente, deve ser a sua obediência.

Ocorre que, por outro lado, o cadastro não pode ser o norteador da adoção, ou seja, ter maior relevância do que os próprios interesses do adotando. Como bem aponta o relator:

Não se pode sustentar, porém, a intransponibilidade desse mecanismo. A listagem não pode ser erigida a patamar absoluto, inalcançável, sem se considerar as particularidades do caso, porquanto estas podem recomendar solução outra, tendo em vista o melhor interesse da criança/adolescente na espécie.²¹⁵

Assim, não só as hipóteses do § 13 do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como também a consolidação de vínculos socioafetivos recíprocos entre o casal guardião de fato e a criança pode, a depender das circunstâncias concretas, autorizar a quebra da ordem cadastral, quando se mostrar mais benéfica ao menor envolvido, em especial, se não houver suspeita de tráfico ou venda de menores (art. 237 a 239 do Estatuto).

O Desembargador é preciso ao afirmar:

Com o passar do tempo, na linha do que já se disse, a importância da origem viciada e da lista de cadastros diminui de forma inversamente proporcional ao fortalecimento da relação afetiva. O interesse da criança individualmente considerada passa a sobrepujar o sentido *lato* desse mesmo interesse, pois as consequências de eventual retirada da família mostram-se mais gravosas que o desrespeito ao cadastro.²¹⁶

Para que se evite a burla ao cadastro de adotantes, ou bem a atuação do Poder Público contra adoções dirigidas deve acontecer preventivamente ou, se repressiva, de forma urgente e imediata, antes do estreitamento do aludido vínculo socioafetivo, sob pena de impossibilidade de se desfazer a adoção irregular sem que isso implique prejuízo ao interesse do adotando.

Nesse norte, o Tribunal de Justiça Catarinense, no Agravo de Instrumento n. 2011.096607-0, proveniente da Terceira Câmara de Direito Civil, de relatoria do Desembargador Marcus Tulio Sartorato, julgado em 29 de maio de 2012, decidiu em caso análogo:

Ainda que louváveis as iniciativas do Magistrado e Promotor de Justiça que labutam nas Varas da Infância e da Juventude no sentido de fazerem valer o cadastro de

²¹⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.072112-5. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e P. R. da S. e outros. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Florianópolis, 29 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 09 jan. 2013.

²¹⁶ *Ibidem*.

pessoas interessadas em adoção, o mesmo não se pode dizer, por desaconselhável, quando promovem a busca e apreensão de uma criança que se encontra há meses ou anos com uma família substituta, portanto, com uma situação fática e sócio-afetiva consolidada. A atuação destas ilustres autoridades, nesse sentido, haverá que ser contemporânea à entrega da criança pela genitora ou genitores à família substituta, levando a crer, daí sim, que o objetivo é a prevalência da dignidade e do interesse maior da criança.²¹⁷

Não se pode, a pretexto de coibir a adoção direta, determinar a retirada de uma criança ou um adolescente da convivência dos guardiões de fato, quando inexistente notícia de situação de risco e o menor já se encontra com o casal há tempo suficiente para que tenha se formado entre eles, inegavelmente, vínculo afetivo. A providência a ser tomada antes de eventual separação é realizar o competente estudo psicossocial dos pretensos adotantes não cadastrados, para que fique demonstrado se estão aptos ao exercício do poder familiar.²¹⁸

Nas situações de adoção *intuitu personae*, uma vez estabelecido o liame socioafetivo entre adotante e adotado, a atuação do Estado deve se restringir em averiguar a conformação do melhor interesse da criança e do adolescente, justificando-se o desfazimento do núcleo familiar já estável tão somente nos casos de risco comprovado, ou em potencial, ao menor.²¹⁹

A adoção constitui espaço em que o viés sócio-afetivo da filiação manifesta-se com a maior verdade possível, pois o que une adotante e adotado, mais do que laços de sangue, são laços de afeto, construídos pela convivência familiar. É precisamente aí que reside o escopo da adoção, oportunizar ao adotado a sua plena integração ao novo ambiente familiar, atendendo-se às suas necessidades de crescimento e desenvolvimento físico, psíquico, educacional e afetivo. Portanto,

O ato de trazer para entidade familiar criança de origem biológica diversa, ou seja, adotar, simboliza a possibilidade da construção de vínculo de afetividade mútuo, independentemente da gênese sanguínea, que visa, primordialmente, o bem-estar da criança adotada e sua formação digna e plena como ser humano, em respeito aos preceitos e garantias fundamentais.²²⁰

²¹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.096607-0. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. V. e outro. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 29 maio 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 jun. 2012.

²¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.043754-1. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e F. N. e J. H. Relator: Desembargador Substituto Stanley da Silva Braga. Florianópolis, 13 set. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 set. 2012.

²¹⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.079162-4. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. L. L. e outro. Relatora: Desembargadora Substituta Denise Volpato. Florianópolis, 22 maio 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 jun. 2012.

²²⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.004751-7. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e E. S. P e outro. Relator: Desembargador Substituto Luiz Zanelato. Florianópolis, 15 jun. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 jul. 2012.

Por conta desse enfoque essencialmente afetivo presente na adoção, não se pode perder de vista que o sistema do cadastro de adotantes, apesar da sua importância indiscutível, não representa um fim em si mesmo. É apenas “um meio de preservação da incolumidade física e psíquica da criança ou adolescente em situação de abandono, ou seja, uma ferramenta a serviço da jurisdição”.²²¹ Dessa forma, mostra incongruência com o propósito estatal de preservação do melhor interesse da criança e do adolescente a determinação judicial de abrigo de menor sob guarda de fato, unicamente com o fim de respeito à ordem da listagem de pretendentes à adoção.²²²

Outro caso em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela mitigação do requisito ao prévio cadastramento refere-se à Apelação Cível n. 2012.090224-4, proveniente da Primeira Câmara de Direito Civil, de relatoria da Desembargadora Substituta Denise de Souza Luiz Francoski, julgada em 16 de abril de 2013. Na hipótese, foi deferida a adoção aos guardiões de fato de uma criança com quase três anos de idade, que com eles conviviam desde o seu nascimento, pois, logo após o parto, a mãe biológica entregou-lhes a recém-nascida. Da fundamentação da decisão, extrai-se:

Retirar a menor do seio da família dos apelados, que hoje também é a sua, sob o pretexto de coibir a adoção direta e determinar a retirada de uma criança com quase 3 (três) anos de idade e lhe privar da convivência em comum, no meu sentir, é deveras prejudicial. A menor poderá ser exposta a grande instabilidade emocional, em face de mais uma brusca mudança.

Uma criança de aproximadamente 3 (três) anos de idade, salvo as exceções, fala, caminha e reconhece, com clareza as pessoas que fazem parte do seu seio familiar e é capaz de defini-las, com demonstrações objetivas. Ora, determinar agora, que a menor não conviva mais com os aqueles que ela entende como pais, é medida por demais drástica.²²³

A relatora destaca que essas ponderações não significam que pensa ser adequada a burla ao cadastro de pretendentes à adoção. Porém, o melhor interesse da criança, que, no caso, é a sua manutenção com a família afetiva, em razão dos laços já consolidados, deve se sobrepor à aplicação da legalidade estrita.²²⁴

Não se deve esquecer o disposto no § 1º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente que preconiza pela oitiva do menor, sempre que possível, para que a sua opinião

²²¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.085142-5. V. V. da R. e outro e M. da S. Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado. Florianópolis, 07 ago. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 ago. 2012.

²²² Ibidem.

²²³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.090224-4. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. L. L. e E. J. L. e M. V. de A. S. Relatora: Desembargadora Substituta Denise de Souza Luiz Francoski. Florianópolis, 16 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 maio 2013.

²²⁴ Ibidem.

seja devidamente considerada. A sua vontade pode servir de indicativo sobre a formação da afetividade para com os pretensos adotantes, a exemplo do que ficou constatado na Apelação Cível n. 2012.070914-3, proveniente da Primeira Câmara de Direito Civil, de relatoria do Desembargador Saul Steil, julgada em 23 de novembro de 2012.

Na espécie, o infante foi acolhido em instituição em razão de a mãe biológica ter vida desregrada, com uso de álcool e substâncias entorpecentes. Os avós paternos, ambos de idade avançada, possuíam a guarda provisória do neto e posteriormente o entregaram ao casal interessado na adoção, sob a alegação de não terem condições de criá-lo. Durante a instrução do processo, os avós paternos manifestaram-se contra o deferimento do pedido de adoção por atualmente possuírem condições de reassumir a guarda da criança.

Segue a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C GUARDA PROVISÓRIA. [...] INFANTE MAIOR DE 3 ANOS. DESNECESSÁRIA A INSCRIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CUIDA. FAMÍLIA ADOTIVA QUE ACOLHEU O MENINO COMO MEMBRO DA FAMÍLIA. OITIVA DO INFANTE EM JUÍZO MANIFESTANDO SUA VONTADE EM FICAR COM OS PAIS ADOTIVOS. RELEVÂNCIA. NECESSIDADE DO INFANTE OBSERVADA TAIS COMO AMOR, EDUCAÇÃO, AMBIENTE SAUDÁVEL. BOA ADAPTAÇÃO AO NOVO NÚCLEO FAMILIAR. LAUDOS PSICOLÓGICOS QUE RESPALDAM A BOA CONVIVÊNCIA FAMILIAR, INCLUSIVE COM MELHORA NO COMPORTAMENTO DO INFANTE (AGRESSIVIDADE, HIPERATIVIDADE E DÉFICIT DE ATENÇÃO). RESULTADOS POSITIVOS NA ESCOLA E NOS RELACIONAMENTOS. FORTE VÍNCULO AFETIVO COM OS ADOTANTES INCLUSIVE CHAMANDO-OS DE PAI E MÃE. EXEGESE DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.²²⁵

Decidiu-se, então, pela manutenção da criança com os guardiões de fato, reconhecendo-se o vínculo adotivo pleiteado.

Todavia, nem sempre será concedida a adoção aos guardiões de fato. Se ficar constatado no caso concreto que a criança ainda não se afeiçoou a eles, não há mais justificativa que impeça o rompimento dessa relação e posterior entrega do adotando ao primeiro casal cadastrado. Isso porque, a adoção deve primar pela proteção dos interesses do infante e não dos interessados em adotar. Ocorre que a configuração ou não do liame afetivo por vezes não é pacífica, já que não se pode negar que o exame acerca da questão é bastante subjetivo, demandando análise atenta e pormenorizada do julgador, em cada caso concreto.

²²⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.070914-3. A. B. e outro J. dos P. L. e outro. Relator: Desembargador Saul Steil. Florianópolis, 20 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 dez 2013.

Exemplo de tal divergência pode ser aferida no Agravo de Instrumento n. 2011.003230-0, proveniente da Segunda Câmara de Direito Civil, de relatoria do Desembargador Nelson Schaefer Martins, julgado em 26 de maio de 2011, cuja ementa é:

AGRAVO. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE COM PEDIDO DE LIMINAR. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA APTA A AFASTAR OS PROCEDIMENTOS LEGAIS DA ADOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO QUE APROXIME O CASAL COM A CRIANÇA OU DE VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MENOR QUE PERMANECEU POR APROXIMADAMENTE SETE (7) MESES COM OS AGRAVANTES. [...]. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU O ACOLHIMENTO DA CRIANÇA EM INSTITUIÇÃO PARA QUE FOSSE COLOCADA SOB A GUARDA DE FAMÍLIA DEVIDAMENTE INSCRITA NO CADASTRO DE ADOÇÃO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 227 E LEI N. 8.069/1990, ARTS. 3º, 4º E 6º. RECURSO DESPROVIDO.²²⁶

No caso, o menor, nascido em 26 de outubro de 2010, filho de pai desconhecido, foi entregue à guarda de fato dos recorridos pela mãe biológica dois dias depois do seu nascimento. Alegaram que a genitora, ao entregar voluntariamente a criança, afirmou que o irmão da recorrente era pai de seu filho. No entanto, foi realizado exame de DNA, cujo resultado foi negativo. Apesar disso, postularam pelo deferimento do pedido de guarda, com respaldo na grande afeição que já havia se formado pelo bebê.

O relator entendeu que o convívio de aproximadamente sete meses sob a guarda de fato dos recorrentes não foi período suficiente a ensejar a consolidação do vínculo de afeto. Na sua percepção, a ausência de provas das condições morais, materiais e psicológicas dos recorrentes, bem como a tenra idade da criança como fator que permitiria concluir pelo não estabelecimento da afetividade, não justificariam a inobservância do cadastro de adoção. Votou, nesses termos, pela confirmação da decisão de primeiro grau que determinou o acolhimento da criança em instituição, a fim de que fosse colocada na guarda de família devidamente inscrita no cadastro de adoção.

Interessante mencionar que, apesar de o seu entendimento ter prevalecido, houve voto vencido do Desembargador Substituto Gilberto Gomes de Oliveira, que adotou os seguintes argumentos como razões de divergir.

Diferentemente do relator, considerou que os oito meses em que a criança ficou com os recorrentes até que se efetivasse a busca e apreensão foi período suficiente para o

²²⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2011.003230-0. T. G. K. A. da S. e P. C. A. da S. e M. A. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 26 maio 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 jul. 2011.

desenvolvimento do vínculo entre eles. Expôs que se amolda ao caso a aplicação do § 5º do artigo 1.584 do Código Civil, o qual preconiza que embora o legislador priorize, para a concessão da guarda, o grau de parentesco, é possível que a medida seja estendida, extraordinariamente, a terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida.

Retira-se do voto vencido o excerto abaixo:

Importante frisar que os agravantes agiram de boa-fé desde quando foram procurados pela genitora para cuidarem do infante, dando a este carinho, alimentação, prestando-lhes cuidados inerentes a saúde e vestuário, gerando, indubitavelmente relação de afeto e afinidade.²²⁷

Sustentou que a idoneidade do casal poderia ser observada pela agilidade com que procuraram o judiciário, três meses após receberem a criança, no intuito de pleitearem a sua guarda provisória e esclarecerem os fatos sobre a suposta paternidade, inclusive, arcando com o pagamento do exame de DNA. Destacou que havia comprovação nos autos de que os recorridos trabalhavam regularmente, não possuíam antecedentes criminais e tinham residência fixa.

Em outro trecho do voto vencido, consignou que:

[...] quando do nascimento a criança foi devidamente acolhida pelos agravantes, pois sua genitora se prostituía e fazia uso de drogas, não tendo condições de dar amparo algum ao menor. Não é razoável que a criança com 8 (oito) meses de vida, após ter recebido os cuidados dos agravantes, seja retirada abruptamente para ser colocada em abrigo. Como antes já dito, não é razoável que a criança seja condicionada a constantes mudanças, tendo que conviver com pessoas estranhas a todo momento, uma vez que devidamente amparada pelos agravantes desde o seu nascimento.²²⁸

Pelo exposto e, pautando-se na prevalência do bem estar do menor em detrimento da mera formalidade, votou no sentido da permanência da criança com os guardiões de fato, discordando da maioria.

Importante notar que o deslinde da questão dependerá da subjetividade de cada julgador acerca da formação ou não da afetividade no caso concreto. Mas, quando o convívio é ocasional a solução é mais fácil, pois, embora em situações excepcionais admita-se a dispensa da prévia inscrição do adotante no respectivo cadastro, isso não se aplica quando, dada a esporadicidade dos contatos, for ausente o vínculo afetivo.²²⁹

²²⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2011.003230-0. T. G. K. A. da S. e P. C. A. da S. e M. A. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 26 maio 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 jul. 2011.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.052636-4. S. R. dos S. F. e J. F. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. H. L. Relator: Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves. Florianópolis, 20 out. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 nov. 2011.

Em outro caso, qual seja, a Apelação Cível n. 2012.006190-2, da Segunda Câmara de Direito Civil, de relatoria do Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 12 de abril de 2012, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também decidiu pela separação entre a criança e sua guardiã de fato, mas, dessa vez, por votação unânime. Segue a ementa:

CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. [...]. APELANTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. GUARDA DE FATO POR CURTO LAPSO TEMPORAL. AFETIVIDADE NÃO CONCRETIZADA. MANIFESTA INTENÇÃO DE FRAUDAR O SISTEMA CADASTRAL "CUIDA". [...]

Em face da necessidade de respeito ao cadastro de pretendentes à adoção, do curto lapso temporal de convivência entre a apelante e a criança, de apenas um ano de idade, bem como da falta de vínculo socioafetivo, mantém-se a decisão confirmatória da medida liminar de busca e apreensão, como forma de proteção segura dos superlativos interesses da criança. [...] ²³⁰

O Ministério Público aforou ação de busca e apreensão ao tomar ciência de que a ora apelante mantinha sob guarda irregular criança de seis meses de idade. A liminar foi deferida e, mesmo após a utilização de todos os instrumentos processuais possíveis por parte da guardiã de fato, a decisão foi confirmada, determinando-se o imediato abrigo da criança e, após, ordenando-se a sua colocação em família substituta, observado o cadastro de adotantes.

Extrai-se do inteiro teor do acórdão:

[...] os poucos indícios de que o infante esteve, exclusivamente, na companhia da apelante, desde o seu nascimento, são as fotografias de fls. 73-76 e as informações prestadas pela própria apelante ao Conselho Tutelar. Contudo, conforme relato datado de 4-1-2011, o conselheiro tutelar encontrou a criança, na casa da apelante, quando contava apenas dois meses de idade. Entre esta data e a busca e apreensão da criança decorreram seis meses, período que me afigura insuficiente para a criação de laços de afeição mútua. ²³¹

O laudo psicológico concluiu pela inexistência de vínculos entre a apelante e a criança, uma vez que ficou constatado que o menor “não apresentou sintomas psicopatológicos nem danos psicológicos associados à busca e apreensão e ao acolhimento institucional” e que “a criança não apresentou transtorno de ansiedade de separação, nem prejuízos no desenvolvimento do apego”. ²³²

Ademais, ficou claro que a apelante não reunia os atributos mínimos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para ter consigo a criança, em razão de apresentar

²³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.006190-2. A. M. T. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Florianópolis, 12 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 abr. 2012.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem.

quadro psicológico parcialmente comprometido, existindo “sérias dúvidas acerca de suas reais condições de garantir saúde, alimentação, educação, lazer e, mais adiante, profissionalização, à criança, livrando-a de toda e qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, em cumprimento ao artigo 227 da Constituição de 1988.²³³

Finalmente, em privilégio ao bem-estar da criança, deliberou-se por sua manutenção ao abrigo da família substituta na qual já estava inserida, sob pena de sujeitá-la a uma situação de insegurança.

Por outro lado, na hipótese de restar configurada a má-fé dos interessados na adoção, não se pode deixar de anotar que se impõe a retirada da criança da convivência com os guardiões de fato. Se houver indícios de contraprestação pela entrega do menor, o respectivo acolhimento institucional, a fim de evitar a consolidação de dos laços afetivos, é a medida mais adequada.²³⁴

Analisando-se todos os julgados colacionados até o momento, infere-se que existe certa divergência sobre o momento a partir do qual já se poderia aventar a criação do vínculo afetivo entre a pessoa ou o casal que pretende adotar a criança ou o adolescente que está sob sua guarda de fato. A par disso, é consenso que a verificação desse liame é necessária para que se admita a mitigação da ordem cronológica do cadastro de adotantes, fora das exceções previstas pela lei (artigo 50, § 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa forma, apenas quando presente a afetividade da criança ou do adolescente para com os seus guardiões de fato é que se legitima a burla ao cadastro. E, mais do que isso, deve-se investigar, ainda que já formado o afeto, se os guardiões de fato preenchem os demais requisitos impostos pela lei para a adoção, em especial, se possuem condições de exercerem o poder familiar sobre o adotando, circunstância essa a ser averiguada por estudo psicossocial da equipe interdisciplinar do juízo.

O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, vem desconsiderando a lista de adotantes previamente cadastrados, face à comprovada existência do referido vínculo afetivo, em busca do atendimento ao melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido. Veja-se

²³³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.006190-2. A. M. T. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Florianópolis, 12 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 abr. 2012.

²³⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2012.058480-2. L. A. G. de R. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Jaime Luiz Vicari. Florianópolis, 04 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2013.

a ementa do Recurso Especial n. 1.172.067/MG, proveniente da Terceira Turma, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, julgado em 18 de março de 2010:

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.²³⁵

Verificou-se, nesse caso, por meio de estudo psicossocial realizado, que o convívio diário da menor com o casal ora recorrente, por aproximadamente oito meses ininterruptos, propiciou o estreitamento da relação de maternidade e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade.

Tal argumento ensejou a reforma do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que se pautou pela não concessão da adoção *intuitu personae*. De acordo com o Ministro Massami Uyeda:

Bem de ver, assim, mostrar-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.²³⁶

Outro fundamento adotado pelo Tribunal que foi de pronto rechaçado refere-se à suspeita de ocorrência de tráfico de menor. Isso porque a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com hábitos desregrados, tendo inclusive já destinado anteriormente outro filho à adoção, “não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda”. Em segundo lugar, porque a própria mãe biológica, em juízo, sem titubear, assentou o caráter voluntário da sua conduta, não tendo recebido, portanto, qualquer contraprestação, circunstância esta confirmada quando da consecução do estudo psicossocial. E, primordialmente, porque, em observância à primazia dos interesses da menor, a verossímil ligação afetiva da infante com os recorrentes deve se sobrepor aos fatos que, por si, não consubstanciam a ocorrência de tráfico de criança no caso dos autos.

Deu-se provimento ao recurso especial para que a infante fosse mantida sob a responsabilidade dos recorrentes até o deslinde da ação de adoção quando, após toda a

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.172.067/MG. L. C. B. e outro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 18 mar. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 abr. 2010.

²³⁶ *Ibidem*.

instrução processual, a ser interpretada em conjunto com o parecer psicossocial, haverá maiores elementos para a aferição da imprescindível capacidade e aptidão do casal pretendente à adoção em exercer efetivamente o poder familiar.

Não foi outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.347.228/SC, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 06 de novembro de 2012, que decidiu reformar acórdão da lavra do Tribunal de origem, onde os argumentos contrários à adoção *intuitu personae* repousaram eminentemente na exigência legal da observância da ordem estatuída no cadastro de adotantes como obstáculo ao deferimento da medida.

Frise-se que o casal guardião de fato da criança já estava habilitado para a adoção, com a devida inscrição na lista de adotantes, porém, de acordo com a sequência por antiguidade, ainda não se encontravam na sua vez.

Em corroboração às decisões expostas, o Ministro Sidnei Beneti reiterou:

[...] sabe-se que a observância de tal cadastro, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção.²³⁷

Assim, diante da convivência de quase dois anos da criança com os guardiões de fato, o que evidencia a concretização do vínculo de afetividade, na interpretação da Corte Superior, não há óbice ao deferimento do pedido de adoção e a manutenção da menor sob a guarda dos recorrentes. O acolhimento da criança, para que espere até ser recolocada em outra família, traduziria medida absolutamente nociva ao seu melhor interesse.

Analisando-se os julgados colacionados, percebe-se que, tanto a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto a do Superior Tribunal de Justiça, consideram, como não poderia deixar de ser, a importância da criação do cadastro de pretendentes à adoção. Isso porque é um requisito objetivo que, além de garantir isonomia entre os candidatos e racionalizar o processo de adoção, visa impedir eventuais fraudes quanto à entrega de crianças e adolescentes sem o controle do Poder Público.

No entanto, por ser um requisito objetivo, tende a ser também generalizante, por consequência disso, embora pareça ser um critério mais justo, pode ignorar determinados

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.347.228/SC. L. T. W. e outro. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 06 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 20 nov. 2012.

casos peculiares. Esses tratam da entrega direta da criança ou adolescente aos cuidados de terceiro, quando pelo razoável tempo decorrido, os laços de afeição dessa relação já estão bem consolidados. A suposta fraude cometida pelos guardiões de fato pode ser que tenha ocorrido de boa-fé, instrumentalizando os seus anseios mediante a provocação do Poder Judiciário para regularizar a situação.

Por essa razão, a jurisprudência vem entendendo que, consolidado o vínculo paterno-filial, o cadastro e sua ordem cedem em favor da situação fática constituída, em nome do melhor interesse do adotando, prestigiando-se a filiação estabelecida. Ou seja, o tecnicismo da lei não pode servir como empecilho para manter o infante com seu guardião de fato em vez de colocá-lo em abrigos públicos.

A dúvida que fica é sobre quando se dá a formação do apego, quer dizer, qual o tempo necessário de convivência e em que idade a criança começa a se vincular afetivamente com o seu provedor. Nesse ponto, destaca-se que é fundamental o julgador ater-se ao estudo psicossocial realizado pela equipe interprofissional, por se reconhecer que o Judiciário não pode desconsiderar as descobertas e os estudos da psicologia. Tendo-se em vista que o Direito não está acima dos outros ramos que se dedicam às ciências humanas, não se podem ignorar os avanços de outras áreas, a exemplo da psicologia e psiquiatria, que fundaram a Teoria do Apego, relatada neste capítulo, e que inclusive foi mencionada em alguns dos julgados examinados.

Enfim, a estrita observância a um artigo de lei não pode ignorar toda a pesquisa dedicada à Teoria do Apego, a análise da afetividade efetuada no caso concreto por meio do estudo psicossocial e os malefícios trazidos à criança que se separa daqueles que servem como referência em suas infâncias.

CONCLUSÃO

O amparo legal de crianças e adolescentes é fenômeno razoavelmente recente na história do Brasil. Até pouco mais de duas décadas, a criança e o adolescente eram objeto de preocupação do Poder Público tão somente quando se encontravam em situação de pobreza ou quando desviavam dos padrões de comportamento considerados normais. Aqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, restrito ao binômio carência-delinquência, a lei autorizava a intervenção judicial no núcleo familiar para regular a questão da privação de recursos ou para corrigir a conduta delinquente praticada antes de atingida a fase adulta. Portanto, a situação irregular era uma doutrina não universal, restrita a um limitado público infanto-juvenil.

Premido pelas mudanças legislativas já operadas na conjuntura internacional e diante da completa falência do sistema tutelar assistencialista implantado, o país clamava pela abertura democrática que se operou nos anos 80, culminando-se na Constituição de 1988. Houve, então, a fundação de um novo modelo jurídico que consolidou a proteção especial à família, com o reconhecimento de outras formas de entidades familiares que não só aquela constituída pelo matrimônio, além da igualdade não só entre os cônjuges como entre os filhos, enterrando-se a distinção entre filiação legítima ou ilegítima, conforme os pais fossem ou não casados e, ainda, entre filhos consanguíneos e adotivos. O afeto também ganhou *status* de valor jurídico e as relações por ele permeadas passaram a ter proteção constitucional, fracassando a importância antes destinada ao aspecto patrimonial e biológico.

Nesse contexto, ocorre a afirmação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, insculpindo-se no artigo 227 da Constituição de 1988 a Doutrina da Proteção Integral, em substituição à Doutrina da Situação Irregular. Com o objetivo de implementar o novo sistema jurídico de proteção integral à infância e juventude, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, que deverão ser efetivados com prioridade absoluta pela família, pela sociedade e pelo Estado, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento.

A análise das relações estabelecidas em torno de crianças e adolescentes não pode deixar de considerar as modificações operadas na concepção e nas funções da família, cujo principal papel é hoje de suporte emocional do indivíduo, em que há um enfoque mais intenso nos laços afetivos criados no seio familiar.

Ao se perquirir a afetividade como pilar da família moderna, convém lembrar da adoção como grande exemplo de filiação socioafetiva, onde o único elo é o afeto, que deve prevalecer sobre tudo.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto de que a adoção traduz eminentemente um espaço de ligação afetiva entre adotando e adotantes, é que irrompe a problemática central do presente trabalho. Ou seja, questiona-se se, a despeito da exigência legal do cadastramento prévio como adotante, haveria a possibilidade da flexibilização dessa regra, na hipótese de o postulante ter recebido a criança diretamente dos genitores, e ser concedida a adoção em seu favor?

Com a existência do cadastro de pessoas habilitadas a adotar, é obrigatório o respeito ao mesmo. Surgindo uma criança para ser adotada, devem ser chamados os candidatos anteriormente cadastrados e não qualquer outro sujeito que apareça interessado na criança. Logo, se alguém encontra uma criança abandonada ou a recebe dos braços da sua mãe biológica ou pessoa intermediária, deverá levá-la até a Vara da Infância e Juventude, onde será encaminhada para abrigo e, então, inserida no cadastro de adotandos. Quem encontrou ou recebeu a criança não poderá adotá-la, já que a preferência recai sobre as pessoas cadastradas.

É inegável que tal mecanismo foi criado no intuito de garantir processos de adoção mais céleres e eficientes, diante do intercâmbio de informações que tornou possível, formando uma rede nacional de dados entre os Estados. O cadastro tem por finalidade também dar publicidade sobre quem são as pessoas cadastradas e, entre elas, demonstrar a existência de imparcialidade por parte do Poder Público, por estarem sendo convocadas pela estrita ordem de habilitação.

No entanto, apesar da obrigatoriedade de consulta e respeito ao cadastro, em algumas situações, considerando a aplicação do princípio do melhor interesse, a prioridade para a adoção de determinada criança não será conferida aos cadastrados. Isso se dará quando a pessoa que postular a adoção já mantiver vínculo afetivo com a criança ou o adolescente, tratando-se de uma adoção *intuitu personae*. O vínculo afetivo prevalecerá sobre a letra fria da lei, a fim de se minimizar as consequências da medida de colocação em família substituta.

Esse é o entendimento da maior parte da doutrina, com a qual a autora deste trabalho se filia, após a análise dos argumentos contrários e favoráveis. A justificativa é simples. Aqueles que adotam posicionamento radical com relação à obrigatoriedade da

habilitação prévia e da necessidade de inscrição no cadastro de adotantes por certo estão se afastando dos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, notadamente o princípio do melhor interesse.

As pessoas que reverenciam a imposição do cadastro tal como um dogma religioso não estão atuando em prol da proteção integral das crianças e dos adolescentes. Entendem que o Poder Público tem mais condições de avaliar o que mais benéfico para o adotando, sem pensar que se está a falar de um ser humano, dotado de sentimentos. Não cogitam nem mesmo quando possível – no caso de o adotando já possuir discernimento suficiente para tanto – questionar a opinião da criança ou do adolescente.

Ademais, aqueles que defendem que as crianças sejam retiradas do convívio dos que detêm sua guarda de fato, que já cuidam delas com todo o amor e carinho, apenas pelo fato de não estarem previamente inscritos no cadastro, estão cometendo, antes de mais nada, um ato de violência contra essas crianças, pois não pensam na ligação afetiva que já constituíram com seus guardiões de fato. Fazem-nas sofrerem tão somente por uma interpretação errônea da lei.

Por oportuno, é importante deixar claro que não se está defendendo que o cadastro deve ser ignorado. Ao revés, o seu propósito é digno de exaltação, mas as situações fáticas que aparecerem nos Juízos da Infância e da Juventude devem ser interpretadas em benefício das crianças e dos adolescentes, única e exclusivamente.

No mesmo norte, na jurisprudência analisada, apesar de nem em todos os casos ter sido concedida a adoção aos postulantes não inscritos, louvavelmente, em todos houve a discussão sobre a concretização ou não do liame afetivo. E, nos casos em que se entendeu que o adotando já estava vinculado afetivamente aos seus guardiões de fato, a manutenção dessa situação que o tempo consolidou, com a concessão da adoção aos pais afetivos foi a medida que prevaleceu, por resguardar o melhor interesse da criança envolvida.

Deve-se afastar a ideia de que toda a entrega direta de crianças por seus pais biológicos foi motivada em contraprestação financeira ou de qualquer outra espécie. A maioria das pessoas recebem diretamente essas crianças de seus genitores porque foram por eles escolhidos. Não há nenhuma vedação legal expressa a essa escolha e, se os pais biológicos indicam a família substituta que acolherá o seu filho, estão realizando isso dentro do permitido pelo poder familiar que exercem.

A proposta a que se sugere é que, nas hipóteses de guarda de fato e posterior demanda pela adoção *intuitu personae*, em que ficar claro que os interessados na adoção não compraram a criança nem cometeram qualquer outro crime devem eles ter a permissão de adotá-la, em prol do bem estar do adotando, mesmo que não estejam cadastrados. Do contrário, ou seja, demonstrada a má-fé, a criança deverá ser afastada da convivência dos guardiões de fato e ser entregue àquele que constar em primeiro lugar na lista de adotantes. Cada caso deve ser analisado individualmente, verificando-se qual a interpretação que se dará, para que se atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente e não ao melhor interesse do cadastro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Julio Alfredo de. **Adoção *intuitu personae***: uma proposta de agir. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1.212/2011. Acrescenta dispositivo à Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1.917/2011. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, incluindo parágrafos em seu artigo 13, renumerando o artigo único, referente à entrega de filhos para adoção. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.172.067/MG. L. C. B. e outro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 18 mar. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.347.228/SC. L. T. W. e outro. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 06 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 20 nov. 2012.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil, 22. ed., Curitiba: Multidéia, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

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

FURLANETTO, Carolina Dietrich. **Adoção**: aspectos jurídicos e sociais e a viabilidade jurídica para os homossexuais. 2006. 36 f. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/carolina.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

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

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

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Pai, por que me abandonaste?”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Adoção consentida pode virar lei**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4622>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

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

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

_____. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.020680-5. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e L. S. e outro. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio. Florianópolis, 02 out. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.072112-5. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e P. R. da S. e outros. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Florianópolis, 29 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 09 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.096607-0. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. V. e outro. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 29 maio 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.043754-1. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e F. N. e J. H. Relator: Desembargador Substituto Stanley da Silva Braga. Florianópolis, 13 set. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.079162-4. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. L. L. e outro. Relatora: Desembargadora Substituta Denise Volpato. Florianópolis, 22 maio 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.004751-7. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e E. S. P e outro. Relator: Desembargador Substituto Luiz Zanelato. Florianópolis, 15 jun. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.085142-5. V. V. da R. e outro e M. da S. Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado. Florianópolis, 07 ago. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.090224-4. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. L. L. e E. J. L. e M. V. de A. S. Relatora: Desembargadora Substituta Denise de Souza Luiz Francoski. Florianópolis, 16 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 29 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.070914-3. A. B. e outro J. dos P. L. e outro. Relator: Desembargador Saul Steil. Florianópolis, 20 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 dez 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2011.003230-0. T. G. K. A. da S. e P. C. A. da S. e M. A. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, 26 maio 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 jul. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.052636-4. S. R. dos S. F. e J. F. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina e M. H. L. Relator: Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves. Florianópolis, 20 out. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 nov. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2012.006190-2. A. M. T. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Florianópolis, 12 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2012.058480-2. L. A. G. de R. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Jaime Luiz Vicari. Florianópolis, 04 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2013.

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

SILVEIRA, Paula Galbiatti. **Os direitos das crianças e adolescentes x maus tratos**. Disponível em: <<http://flaviofahur.jur.adv.br/index.php?p=publicacao&codigo=5589>>. Acesso em: 01 maio 2013.

SOUZA, Jane de. **Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 01 maio 2013.

SOUZA, Rodrigo Faria de. Adoção dirigida: vantagens e desvantagens. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, janeiro de 2009, v. 12, n. 45. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2013.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

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