

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA
MHARCELLA DE KASSYA GURGEL DA MATTA

**ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: UMA ANÁLISE DE SUA POSSIBILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DO MENOR E DA AFETIVIDADE**

CARANGOLA

2017

MHARCELLA DE KASSYA GURGEL DA MATTA

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

**ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: UMA ANÁLISE DE SUA POSSIBILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DO MENOR E DA AFETIVIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Área de Concentração: Direito Civil

**Orientador: Prof.^a Ester Soares de Sousa
Sanches**

CARANGOLA

2017

“O amor não está ligado ao sangue,
mas sim ao coração. ”

(Autor desconhecido)

RESUMO

A presente monografia adota como tema central a *adoção intuitu personae*. Analisar-se-á, num primeiro momento, os aspectos gerais do instituto da adoção e, posteriormente, os aspectos relacionados à modalidade em foco, que se trata daquela em que os pais escolhem para quem será entregue seu filho. A possibilidade jurídica dessa adoção é tratada de forma cautelosa e divergente entre doutrinadores e juristas, devido a não observância do cadastro de adoção e do poder de escolha dos pais. Logo, serão analisados tais pontos neste estudo, levando-se em consideração o princípio do melhor interesse do menor e o princípio da afetividade a serem observados pelos juízes no caso concreto.

Palavras-chave: Adoção *intuitu personae*. Melhor interesse do menor. Afetividade. Cadastro. Adoção.

ABSTRACT

This monograph adopts *intuitu personae* as its central theme. We will first analyze the general aspects of the adoption institute and, later, the aspects related to the modality in focus, which is the one in which the parents choose to whom their child will be delivered. The juridical possibility of adoption is treated in a cautious and divergent manner between legal scholars and jurists, due to non-observance of the registration of adoption and the parents' power of choice. Therefore, these points will be analyzed in this study, taking into account the principle of the best interest of the minor and the principle of affectivity to be observed by the judges in the concrete case.

Keywords: Adoption *intuitu personae*. Best interest of the child. Affectivity. Register. Adoption

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO	09
2.1 Conceito e breve evolução histórica	09
2.2 Natureza jurídica e requisitos necessários	12
2.3 As formas de adoção existentes no Brasil	15
3 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE	18
3.1 Conceito e características	18
3.2 O Cadastro Nacional de Adoção e o poder de escolha dos genitores	20
3.3 Princípios norteadores	23
3.3.1 o princípio da afetividade	23
3.3.2 o princípio do melhor interesse do menor	24
4 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: SUA POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E DA AFETIVIDADE	26
5 CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

As alterações no conceito de família nas últimas décadas têm exigido mudanças no entendimento por parte dos intérpretes do Direito, uma vez que princípios assim como o da afetividade e do melhor interesse do menor têm grande peso nas decisões judiciais, como por exemplo, no campo da adoção *intuitu personae*.

Também denominada doutrinariamente como adoção consentida, a adoção *intuitu personae* trata-se daquela em que os pais escolhem quem irá criar seu filho, ocorrendo geralmente a entrega direta da criança para os adotantes. Esta medida torna-se importante pelo fato de permitir à família de origem da criança, certificar-se das qualidades de determinada pessoa para cuidar de seu filho. Não seria a entrega a uma pessoa genérica, mas sim a uma pessoa da qual os pais já mantinham previamente uma relação de afinidade e confiança, o que consubstanciaria na certeza de que aquele indivíduo é o mais apto, em sua visão, para o desempenho desta função.

Embora importante, esta modalidade de adoção não se encontra devidamente regulamentada e por tratar de um estudo pouco explorado pela doutrina pátria, verifica-se o valor da presente pesquisa tanto para a área jurídica, social e acadêmica por ter como objeto, a análise da possibilidade e aceitação no ordenamento jurídico brasileiro tendo como premissa a hipótese de aplicação dos princípios do melhor interesse do menor e da afetividade.

Portanto, esse estudo analisará o entendimento doutrinário a partir dos ensinamentos de Dimas Messias de Carvalho que trata da liberdade no exercício de escolha que os pais detêm em relação à destinação de seus filhos e a não regulamentação da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro a limitar essa manifestação de escolha, em contraposição a outros doutrinadores que entendem como caráter absoluto a necessidade de respeito à ordem estabelecida pelo cadastro nacional de adotantes .

Para um melhor entendimento quanto à estruturação do presente trabalho, impende comentar que será composta por três capítulos, divididos da maneira a ser exposta brevemente a seguir.

Em primeiro momento, tratar-se-á sobre os aspectos gerais do instituto da adoção, tais como sua conceituação, natureza jurídica, breve evolução histórica, modalidades existentes e requisitos exigidos por lei para a sua concessão.

Em alusão ao segundo capítulo, dar-se-á enfoque à modalidade de adoção em questão, abordando suas características e conceituação. Tratar-se-á ainda, dentro do mesmo capítulo, sobre os pontos mais controvertidos existentes sobre a discussão do tema, ou seja, o direito de escolha dos genitores e o emprego absoluto do cadastro dos adotantes. Abordar-se-ão os princípios do melhor interesse do menor e da afetividade.

Por fim, o último capítulo tem por intento apresentar a possibilidade da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro tendo como fundamento o princípio do melhor interesse do menor e da afetividade, considerando posicionamentos doutrinários sobre o caráter não absoluto do cadastro dos adotantes e também decisões jurisprudenciais favoráveis ao referido tipo de adoção.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, adotando o método descritivo, pois buscará embasamento doutrinário bem como jurisprudencial, que tratem sobre o tema proposto. Buscar-se-á expor de forma mais clara como se dá a adoção *intuitu personae* no meio jurídico brasileiro, através do método teórico-dogmático. Expondo os pontos polêmicos sobre o assunto e como o mesmo é tratado atualmente.

Em tempo, salienta-se que, com a presente monografia, não há pretensão de esgotamento do tema, mas a pesquisa ora proposta buscará servir de material de pesquisa para futuras discussões sobre o assunto, visando evolução do estudo deste instituto da adoção *intuitu personae* em sua complexidade.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

A adoção trata-se de mais completa modalidade de família substituta previstas no ordenamento jurídico a permitir inserção do menor em um novo núcleo familiar, onde são transformados em membros desta família.

Na seção seguinte apresenta-se o conceito e evolução no decorrer da história, natureza jurídica do instituto, requisitos a serem observados e os tipos de adoção existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Conceito e breve evolução histórica

A adoção consiste em um processo pelo qual o menor, criança ou adolescente, é inserido em um novo ambiente familiar diverso do de seus genitores. Criando-se, dessa forma, um vínculo jurídico que transfere o poder familiar aos adotantes.

Dimas Messias de Carvalho (2015, p.648) apresenta um conceito claro e objetivo, ressaltando a complexidade do ato da adoção, sendo da seguinte forma:

Adoção é um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras. Esta estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua a família, na condição de filho pessoa que lhe é geralmente estranha. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre adotante e adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta, estendendo-se para toda intervenção judicial, de caráter irrevogável e personalíssimo.

Em seu entendimento Miranda (1947 *apud* MADALENO, 2013, p.623) define a adoção como “ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado uma relação fictícia de paternidade e filiação”.

Pereira (2017, p.472), por sua vez, conceitua da seguinte forma:

A necessidade de propiciar os deuses familiares levou os povos antigos a criar situações jurídicas especiais destinada a assegurar um continuador do culto doméstico, a quem não tivesse descendente. Um dos mais difundidos foi a adoção, que funcionava como uma *fictio iuris*, pela qual “uma pessoa recebia na família um estranho na qualidade de filho.

Já Maria Berenice Dias traz a voga em seu conceito um fator crucial para a adoção: a socioafetividade.

Dias (2010, p.472) define que “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade [...] A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico”.

Assim, pode-se constatar primeiramente que se trata de um ato jurídico solene. Uma relação entre adotante e adotado cunhada na socioafetividade e também de caráter bilateral.

Partindo para a o campo histórico, a prática da adoção trata-se de um costume presente na história da cultura de vários povos. Sua prática consubstanciava-se na ideia de perpetuação do culto familiar, de modo a evitar que a família não se extinguisse com a morte de seu patriarca e pela falta de descendência.

Madaleno(2013. p.626) faz entender da seguinte forma:

O instituto da adoção tem atravessado os séculos e integrado a história de todos os povos, tendo sua origem, em sua versão mais remota, o propósito de perpetuar o culto doméstico dos antepassados e dessa forma evitar a desgraça representada pela morte do chefe da família sem descendentes.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.330), a evolução histórica da adoção inicia com sua prática por povos orientais existindo registros pelos Códigos de Hamurabi e Manu.

No Direito Romano, o culto familiar ainda era a base. Tinha a adoção a função de proporcionar filhos aqueles que não podiam tê-los. Para, desta forma, garantir a perpetuação do nome do adotante, conforme Dias (2010, p.649).

Pereira (2017, p.472) especifica ainda sobre tal período que:

O Direito Romano conheceu três tipos de adoção: 1º) Como ato de última vontade –*adoptio per testamentum* – destinava-se a produzir efeitos *post mortem* do testador, condicionada, todavia, à confirmação da cúria (*oblatiocuriae*). Ato complexo e solene, não se utilizava com frequência, embora tenha sido empregado em condições de profunda repercussão política, como se deu com a adoção de Otávio Augusto, que mais tarde seria Imperador, efetuada por Júlio César. 2º) A adoção diretamente realizada entre os interessados com a denominação especial *dead rogatio*, pela qual o adotado capaz (*sui iuris*) se desligava de sua família e se tornava um herdeiro de culto (*heressacrorum*) do adotante. Este ato fundava-se na dupla emissão volitiva, do adotante e do adotado, e se completava pela formalidade de aprovação na abertura dos comícios. 3º) A entrega de um incapaz (*alieni iuris*) em adoção – *datio in adoptionem* –, em virtude da qual o adotante recebia por vontade própria e anuência do

representante do adotado, iniciando-o desde cedo nas práticas propiciatórias dos deuses domésticos, efetuava e mediante a emancipação que por três vezes o pai lhe concedia a presença do adotante, que simultaneamente o recebia *in potestate*. A princípio, somente o varão tinha a faculdade de adotar.

No período da Idade Média a adoção perdeu força. Ressurgindo apenas mais tarde com as reformas sociais trazidas pela Revolução Francesa e com o Código Napoleônico, conforme Madaleno (2013, p.626-627).

Silva Filho (2006 apud MADALENO, 2013, p.627) por sua vez constata ter sido o fator crucial para o ressurgimento da prática da adoção com o elevado índice de orfandade advindo como consequência da Primeira Guerra Mundial.

Logo, passou tal instituto por inúmeras mudanças até chegar ao que se tem hoje.

No Brasil, o instituto da adoção já era citado por outras leis. Todavia, até o Código Civil de 1916 não tinha um caráter sistematizado. Passando a ser regulado pelo mesmo após o seu advento, e a ser disciplinado a partir dos princípios romanos, pautando-se na ideia de uma instituição voltada para a perpetuação da família.

Madaleno (2013, p.627) afirma, contudo, que durante este processo encontrou a adoção resistências e restrições, devido a alguns aspectos impostos pela lei, como a rigidez para a idade mínima de cinquenta anos do adotante.

A adoção ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos desta resistência se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção, como anota Artur Marques da Silva Filho, pelo fato de o Código Civil de 1916 exigir tivesse o adotante, no mínimo, cinquenta anos de idade e uma diferença de dezoito anos de idade entre ele e o adotado.

Ainda, Madaleno (2013, p.627) cita ainda a Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957, responsável por atualizar o instituto da adoção presente no Código Civil, que trouxe o total de sete novas modificações para ao instituto da adoção, como permitindo adoção por pessoas de trinta anos, não mais exigindo a existência e prole conjugal e a redução para dezesseis anos de idade para adotante e adotando.

Por sua vez, Carvalho (2015, p.650) acrescenta que “[...].Após a Lei n.3.133/57, seguiram-se a Lei nº 4.655/65, que criou a legitimação adotiva, e o Código de Menores (Lei n. 6.697/79), que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena.

A Constituição Federal de 1988 trouxe também novos aspectos para o plano da adoção. Em seu artigo 227, § 6º, ao extinguir diferenciações entre os filhos. Mais à frente, com o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de nº 12. 010/2009, sofreu a adoção mudanças significativas.

Madaleno (2013, p.628) denota sobre tais mudanças:

[...] desde o advento da Constituição Federal, depois, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, mais tarde, com a promulgação da Lei n.12.010/2009, o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, passando a proteger integralmente o infante e, finalmente, a inseri-lo no ventre de uma família substituta, se malgrado os esforços na manutenção e sua reintegração na família natural ou extensa, fazendo desaparecer definitivamente as variações adotivas que cuidavam de discriminar o infante, com sua adoção simples, e não integral, como se o afeto pudesse merecer gradação protegida por lei.

Da seguinte forma com o passar dos anos se moldou o instituto da adoção que conhecemos hoje com suas próprias peculiaridades. Na mesma toada, far-se-á análise de sua natureza jurídica e os seus requisitos exigidos por lei que serão tratados a seguir.

2.2 Natureza jurídica e requisitos necessários

É controvertido o entendimento acerca da natureza jurídica da adoção controvertido entre os doutrinadores. No Código Civil de 1916 desempenhava caráter contratualista. Tratava-se de um negócio jurídico bilateral e solene, realizado por meio de escritura pública e dependendo do consentimento mútuo de ambas as partes, como ensina Gonçalves (2012, p.330).

Já com o advento da Constituição Federal de 1988, a adoção tornou-se mais complexa, exigindo sentença judicial. Houveram mudanças tanto no campo do social, quanto no legal. Nesta mesma senda, ensina Gonçalves (2012, p.330):

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 foge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública.

Maria Berenice Dias (2010, p.497) ensina que “foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família”.

Sistematizando tais desdobramentos, um panorama geral sobre a natureza jurídica da adoção é delineado por Gonçalves (2012, p.330):

Adoção não mais estampa o caráter contratualidade outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, como também sucede com o casamento, podem ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do status que gera, preponderantemente de natureza institucional.

Em relação aos requisitos objetivos exigidos para a adoção, a Lei de nº 8069 de 13 de julho 90 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), especifica de forma clara cada um deles. Gonçalves (2012, p. 345) cita as principais condições exigidas pela lei:

- 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).

Segundo a concepção de Madaleno (2013, p.637), anteriormente no entendimento empregado pelo legislador no Código Civil de 1916, exigia-se a idade mínima ao adotante de cinquenta anos de idade e uma diferença de dezoito anos de idade entre adotante e adotado. Contudo, atualmente determina o artigo 42, *caput*, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com nova redação dada pela Lei n. 12.010/2009, que tenha o adotante mais de dezoito anos e que este seja também dezesseis anos mais velho que o adotado.

Nader (2016, p. 527) denota da seguinte maneira:

A diferença de idade se explica sob vários aspectos. Espera-se que o adotante tenha maior experiência de vida, a fim de que possa bem orientar o adotado. Presume-se, por outro lado, que a diferença apontada favoreça a natural ascendência moral que deve existir na relação entre pai e filho. Busca-se, também, afastar interesse de ordem sexual entre ambos.

Na visão de Gonçalves (2012, p.345) é essencial a existência da diferença de idade entre adotante e adotado, pois assim poderá desempenhar com eficiência o poder familiar.

Outro requisito exigido pela lei é o consentimento dos pais biológicos, representantes e do adotando caso esse tenha mais de doze anos de idade. Dentro da mesma lei encontramos a exceção para a dispensa do consentimento dos pais apenas se este forem desconhecidos ou se o poder familiar lhes tiver sido destituído.

Assim dispõe o artigo 45 do ECA:

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder, poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Carvalho (2015, p.679), ainda frisa a essencialidade do consentimento, assim denota:

O consentimento é requisito essencial, pois a adoção importará extinção do vínculo biológico, devendo ser expressa de forma inequívoca perante o juiz e somente será válido após o nascimento da criança (art.166, §§ 4º e 6º, do ECA).

Tem-se ainda o requisito imposto pela lei no processo de adoção que é o estágio de convivência. É através dele que poderá verificar se houve adaptação por parte do adotando em relação à nova família, e se há preparação da parte dos adotantes para receber em seu seio determinada criança é/ou adolescente. Carvalho (2015, p.677) acrescenta sobre a importância do estágio de convivência, dizendo que esse é “imprescindível para demonstrar a convivência do deferimento do vínculo”.

Gonçalves (2012, p. 346), acrescenta ainda outro aspecto importante que “a prova do estágio de convivência é, entretanto, indispensável na adoção por estrangeiro: de no mínimo trinta dias, qualquer que seja a idade do adotando, cumprido no território nacional”

Carvalho (2015, p.677), complementa;

O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a convivência do deferimento do vínculo, o que deve ser acompanhado por profissionais especializados a ao final apresentar relatório de estudo social, fornecendo subsídios da situação de fato para magistrado deferir a adoção com segurança (art.46, § 4º, do ECA).

Pelos artigos 47, *caput* do ECA e artigo 1.619 do Código Civil, lei de nº 10406 de 10 de janeiro de 2002, estabelecem também como requisito essencial para adoção o processo judicial, seja o adotante em questão maior ou menor de idade.

Verifica-se ainda durante o processo judicial de adoção se verdadeiramente esta apresenta real benefício para a o adotado em questão. Sendo o convencimento do juiz gerado por meio de apreciação de provas. (FARIAS; ROSENVALD,2010, p.936).

2.3 As formas de adoção existentes no Brasil

A adoção pode ser denominada conforme é procedida, com o número de pessoas que nela se envolvem e ainda ser legal ou ilegal.

Denomina-se adoção unilateral ou singular comum, aquela em que apenas um único indivíduo a requer. Também podendo variar entre a singular de enteado, onde um dos cônjuges, ou companheiro (a), adota o filho do outro sem que ocorra a destituição do poder familiar (CARVALHO, 2015.p.663).

Maria Berenice Dias (2010, p.480) apresenta três possibilidades de cabimento da adoção unilateral, sendo elas:

- (a) quando o filho for 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.

Em relação a adoção *post mortem*, ou *póstuma*, como também é denominada pela doutrina, ocorre quando ainda em vida a adotante após inequívocamanifestação de vontade de adotar, vem a óbito ainda no curso do processo. (CARVALHO, 2015.p.664)

Rolf Madaleno (2013, p.652) assevera sobre o tema:

A adoção póstuma está prevista no § 6º do artigo 42 da Lei n. 8.069/1990, condicionada à preexistência de um processo de adoção que deveria estar em curso quando do óbito do adotante. A morte do candidato à adoção deveria implicar a interrupção e extinção do processo de adoção; contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente admitiu a conclusão da adoção ainda não sentenciada, ' mesmo tendo ocorrido a morte do candidato à adoção.

Sobre isto dispõe o Art.42, em seu §6º que: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. “

Mesmo o deferimento da adoção estando condicionado com a propositura da ação, o entendimento de que a exigência do início do procedimento judicial já vem sendo afastado pela própria jurisprudência sendo consubstanciadas por uma decisão do STJ. Bastando apenas que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante. (DIAS, 201, p.484)

Madaleno (2013, p.652) acrescenta seu entendimento sobre a finalidade desta adoção ao dizer:

A finalidade da adoção póstuma atende, portanto, ao princípio supremo dos melhores interesses da criança e do adolescente, porque ameniza a fatalidade que seria dupla, no caso de morte do adotante, se também fosse cancelada a adoção.

Acerca da adoção conjunta, ou cumulativa, Dimas Messias de Carvalho (2015, p.663) assevera que: "ocorre quando o filho é adotado por um casal, hétero ou homoafetivo, exigindo-se que sejam casados ou vivam em união estável e possuam a família estável."

Em consonância o artigo 42, §2º do ECA versa especificamente sobre tal modalidade dizendo que “ Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”

Logo, entende-se ser esta a regra principal para o desempenho deste tipo de adoção.

Carvalho (2015, p.663) ainda subdivide a adoção conjunta em simultânea, que consiste em ser feita ao mesmo tempo pelo casal, constituída por sentença em uma única ação de adoção; e a sucessiva, que de contraponto a simultânea não é efetuada ao mesmo tempo pelo casal, mas sim alternadamente.

Na mesma obra, na página 664, acrescenta o autor supracitado:

[...]Na realidade, existem duas adoções unilaterais que se somam, uma singular comum e outra singular de enteado, Acontece quando um dos cônjuges adota o filho, antes do casamento ou da união estável, ou mesmo na sua vigência, e o outro posteriormente também o adota.

Há ainda a adoção internacional, que se trata daquela em que os adotantes, sejam brasileiros ou estrangeiros, possuem residência ou domicílio para do Brasil. Tendo seus requisitos descritos ao longo do artigo 165 ao 179 do ECA, como define Carvalho (2015, p.665).

Madaleno (2013, p.653), acrescenta ainda sobre as leis e tratados que a regulam:

A adoção por estrangeiro é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), através dos artigos 46, § 3º, 50, §§ 6º e 10, 51 e 52, observados os procedimentos previstos nos artigos 165 a 170 do ECA, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, e também pela Convenção de Haia, no referente à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção, aprovada em 29 de maio de 1993 (Decreto Legislativo n. 01, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999).

Gonçalves (2010, p.410) aponta que adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do Brasil, desperta muitas polemicas, sob a alegação de que esta pode conduzir ao tráfico de menores ou se prestar à corrupção. Também acrescentando, que outros a defendem, sob o argumento de que representaria a violação do direito à identidade da criança.

Dias (2010, p.483), por sua vez, expõe posicionamento favorável a adoção internacional, criticando a regulamentação desta pela Lei de adoção e assim se posiciona a referida autora:

Com a chamada Lei da Adoção, o ECA passou a regulamentar de forma exaustiva a adoção internacional (ECA 51 a 52-D). Mas impôs tantos entraves e exigências que, dificilmente, conseguirá alguém obtê-la. Até parece que a intenção foi de vetá-lo. Os labirintos que foram impostos transformaram-se em barreira intransponível para que desafortunados brasileirinhos tenham a chance de encontrarem um futuro melhor fora do país.

Outra modalidade de adoção existente são a adoção "à brasileira" e a adoção *intuitu personae*, que serão tratadas mais detalhadamente no capítulo a seguir.

3 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

A modalidade de adoção *intuitu personae* a ser abordada a seguir é revestida de grande relevância para o Estado e também para a sociedade, vez tratar-se de uma das modalidades de adoção que não foi prevista expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nessa abordagem será tratado seu conceito, características envolvidas, além de esclarecimentos sobre o cadastro nacional de adotantes, possibilidade de escolha e os princípios norteadores do instituto.

3.1 Conceito e características

Também denominada de adoção consentida, a adoção *intuitu personae* caracteriza-se pelo ato de escolha dos genitores, ou apenas genitora, de entregar o adotando a alguém de sua confiança, sem que esta pessoa ou casal estejam incluídas no Cadastro Nacional de Adoção. (CARVALHO, 2015.p.665).

Carvalho (2015, P.665), ao discorrer sobre o tema, aduz:

A adoção consentida, também conhecida como intuitu personae, ocorre quando os pais biológicos escolhem e entregam o filho ao adotante, sem cadastrar no registro das crianças em condições de ser adotadas e sem observar a ordem cronológica do cadastro das pessoas habilitadas para adoção. Existe uma escolha direta pelos genitores biológicos dos adotantes.

Na mesma senda, Madaleno (2013, p.647) também traz conceituação sobre o tema ao dizer que “é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação à determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presentes os demais pressupostos para a adoção”

Assim, como dito anteriormente, esta é uma modalidade de adoção onde se tem por principal característica além do consentimento, intrínseco ao ato, também a presença da escolha, mas principalmente a afetividade. Sendo por vezes, a relação

de a confiança e afetividade entre genitores e adotantes já tendo sido cunhada anteriormente entre ambos.

Madaleno (2013, p.647) explica:

[...] os pais biológicos intervêm nessa modalidade de adoção, concorrendo para a escolha da família adotante, porque essa aproximação entre os pais biológicos e os adotantes já vinha sucedendo, provavelmente, durante todo o período da gestação, ou porque mantinham vínculos de amizade e confiança com os adotantes indicados.

Tal manifestação de vontade por parte dos genitores em entregar a pessoas de sua confiança pode se consubstanciar não apenas na confiança e afetividade, mesmo sendo essas os fatores principais, mas, também em fatores financeiros e emocionais. Vislumbrando dar a este uma melhor condição de vida. Nesta senda, Dias (2010, p.487) exemplifica:

Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante. [...]. Às vezes é a patroa, as vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos que tem certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para ao seu filho.

Cumprido salientar que a adoção *intuitu personae* se distingue de toda e qualquer modalidade de adoção existente, em especial a "à brasileira", que constitui prática ilegal, tipificada como crime pelo artigo 242 do Código Penal Brasileiro, que assim se dá:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)
Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)
Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)
Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981).

Tais modalidades distinguem-se principalmente pelo fato de que na adoção "à brasileira", também denominada pela jurisprudência de *simulada*, uma pessoa registra filho de alguém como seu (CARVALHO, 2015, P.670).

A modalidade da adoção *intuitu personae* é um tema adotado com certa cautela tanto por doutrinadores como por juristas. Em relação à imprevisão legal para esta modalidade, alguns doutrinadores sustentam a sua possibilidade, uma vez

que a própria lei também não traz a sua expressa vedação. Nesse sentido, Dias (2010, p.487) expõe:

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

Eleonora Santos Guerra (2013.p.58-59), em sua monografia apresentada a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, defende necessária a observância do princípio do melhor interesse do menor, uma vez que os possíveis vínculos afetivos já estabelecidos não devem ser negligenciados, devendo-se analisar cautelosamente o que melhor atende ao menor naquele momento, como por exemplo, a rigidez do cadastro dos adotantes.

Sobre tal assunto Carvalho(2015.p.669-670)pondera:

Cabe a Justiça da Infância e Juventude, nos casos de filhos entregues pelos pais diretamente, examinar se a solução atende aos melhores interesses da criança e do adolescente [...] O interesse maior da criança deve prevalecer sobre a rigidez da ordem no cadastro, possibilitando, inclusive, como ocorre em muitos casos manutenção dos vínculos afetivos com a família biológica, incluindo irmãos quando os adotantes são pessoas próximas.

Desta forma acima de tudo deve-se analisar caso o caso concreto de modo que a decisão tomada beneficie a melhor maneira o menor em questão.

3.2 O Cadastro Nacional de Adoção e o poder de escolha dos genitores.

A adoção *intuitu personae* é um tema adotado com certa cautela tanto por doutrinadores como por juristas. Visto que trata de pontos delicados na lei. Pode-se dizer que os dois pontos autós da discussão concentram-se no fato da não observância ao cumprimento do Cadastro Nacional de Adoção, uma vez que quase, ou nem sempre, a pessoa escolhida pelos genitores está previamente inscrita no mesmo. E o outro ponto seria o ato da própria escolha dos genitores.

O artigo de nº 50 da Lei nº 8.069/90 (ECA), é categórico ao determinar 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."

Suely MitieKusano, em sua tese de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, apontou como fonte colaboradora para a não concessão da adoção *intuitu personae* sob a ótica da doutrina pátria, o Provimento nº 12, de 06.06.1995, instituído pelo Desembargador Antônio Carlos Alves (ALVES, 1995, apud KUSANO, 2006, p.171).

45.1. Os interessados deverão apresentar requerimento solicitando sua inscrição, juntamente com os documentos exigidos no artigo 165 da Lei nº 8.069/1990, o qual será autuado, numerado e registrado em livro próprio, após o que será dada vista ao setor técnico que, em quinze dias, apresentará avaliação psicossocial, e em seguida, à Promotoria da Infância e Juventude para aparecer, após o qual serão conclusos ao Juiz.

46. Os pretendentes à adoção (brasileiros e estrangeiros residentes no país) deverão cadastrar-se junto ao juízo da Infância e da Juventude de seu domicílio, como dispõe o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

51. O Cadastro Central, quando consultado, fornecerá ao Juiz dados referentes às dez primeiras pessoas que estejam cadastradas, observando a ordem cronológica de inscrição. (grifo do autor)

Logo, entende-se que o ato da não observância da ordem do Cadastro Nacional de Adoção seria uma frustração para aqueles que se habilitaram previamente para tal, submetendo-se a todos os requisitos previamente estabelecidos por lei.

Neste sentido, Rodrigo Faria de Souza, Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Nilópolis - RJ, em seu artigo publicado na Revista da EMERJ (SOUZA, 2009, p.187), sustenta que:

[...] a adoção dirigida frustra as expectativas dos casais previamente habilitados, que se submeteram a diversos estudos que atestaram suas aptidões a adotar, bem como desestimula a habilitação de eventuais interessados, uma vez que concede recém-nascidos (aqueles que são mais desejados pelos adotantes) a pessoas que não manifestaram previamente o seu desejo perante o Poder Judiciário.

Em contraponto ao aludido por tais posicionamentos, Madaleno (1954, apud CARVALHO, 2015, p. 665) ressalta a crítica do autor em relação "ao exacerbado rigor do cadastro e a cega obediência ao cumprimento da lista de preferências pelos juízes nas comarcas, desconsiderando o desejo dos pais".

Carvalho (2015, p.666) intensifica ainda mais seu posicionamento favorável ao ato direto de escolha dos genitores em relação aos adotantes ao declarar não há ninguém melhor que os próprios pais conscientes de seu ato para escolherem quem seria ideal para se tornarem os pais afetivos. Desta forma se faz entender o autor:

Evidentemente que ninguém é melhor que pais conscientes para escolher aqueles que consideram ideal para tornarem-se os pais afetivos de seus filhos biológicos de seus filhos biológicos, pois o consentimento para adoção, na maioria das vezes é um ato de amor extremo, buscando o melhor para os filhos que não podem cuidar.

Dias (2010, p. 486) sustenta o posicionamento de que o Cadastro Nacional de Adoção deve ser utilizado como um instrumento agilizador do procedimento de adoção, que por si só já se trata de um procedimento que apresenta certa complexidade. Não podendo ter como foco de inibi-lo ou limitá-lo.

Existe uma exacerbada tendência em 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.

Assim, também acerbada viabilidade do direito de escolha exercido pelos genitores na adoção *intuitu personae* defende a supracitada autora, respaldada pelo artigo 1.729 do Código Civil de 2002, que "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. "

De igual modo, em posicionamento favorável ao direito de escolha dos genitores, assim se faz entender Souza (2009, p.185):

Observar a vontade dos pais muitas vezes pode ser benéfico ao menor, eis que não raro os genitores concordam em entregar a prole desde que seja tão-somente para pessoas conhecidas, nas quais eles confiam, e creem que oferecerão à mesma um futuro melhor. Se forem desconhecidas (observando-se o cadastro de adotantes), os genitores muitas vezes não a entregariam, o que acarretaria prejuízos ao seu futuro, eis que poderia passar a viver com uma família que a rejeita e/ou que não possui condições financeiras ou emocionais para cuidar da criança. Além disso, considerar a vontade dos pais diminui a possibilidade de conflitos futuros, exatamente em razão da relação de confiança e, muitas vezes, de amizade, existente entre os pais e aqueles que assumem a guarda de fato do menor.

Reforça Silva (2015, p.57) que jurisprudência por sua vez recepciona o prévio direito de escolha dos pais socioafetivos. Consagrando à vontade dos pais biológicos, consubstanciando tal entendimento sob a ótica do princípio do melhor interesse do menor.

Acredita-se, desta forma que acima de tudo é necessário a observância do princípio do melhor interesse do menor. Uma vez que os possíveis vínculos afetivos já estabelecidos não devem ser negligenciados, devendo se analisar cautelosamente o que melhor atende ao menor naquele momento.

3.3 Princípios norteadores

Os princípios constituem a base das normas jurídicas em um Estado Democrático de Direito. Apresenta-se a seguir os princípios que norteiam o instituto.

3.3.1 O princípio da afetividade

Na concepção de Lôbo (2011, p.70) o princípio da afetividade seria o princípio basilar dentro do direito de família no que tange na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Correlacionando-se com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, assim como o da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges.

Mesmo não sendo positivado no texto constitucional é considerado um princípio jurídico, uma vez que seu conceito se molda a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional. (PEREIRA, 2017, p.86)

Lôbo (2011, p.71) aduz:

A doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista⁷⁴; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros⁷⁵; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade⁷⁶; e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida⁷⁷; f) da colisão de direitos fundamentais; g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica.

Teixeira e Ribeiro (2008, p.47-49) relatam sobre a aceitação do princípio da afetividade e sobre sua importância:

Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito bem aplicado, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico [...] o princípio da afetividade é importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social.

Pelos entendimentos acima percebe-se a aceitação da doutrina e jurisprudência atuais para aplicabilidade do princípio da afetividade em várias situações existentes dentro do direito de família, assim como o princípio do melhor interesse do menor que será tratado a seguir.

3.3.2 O princípio do melhor interesse do menor

Também denominado por doutrinadores como princípio da plena proteção das crianças e adolescentes, tem sua origem consubstanciada nas diversas mudanças ocorridas na estrutura da família ao longo dos anos. (CARVALHO, 2015, p.111).

Pereira (2017, p. 87) dispõe sobre a origem histórica de tal princípio, demonstrando que tal se desprende ao instituto de origem inglesa denominado de *parens patrie*. Logo faz-se entender o referido autor:

Sua origem se prende ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa, visando proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria. Embora tenha surgido na Inglaterra, vinculado à guarda de pessoas incapazes e de suas eventuais propriedades, esta responsabilidade, inicialmente assumida pela Coroa, foi delegada ao Chanceler a partir do século XIV.

Apresenta ainda Lôbo (2011, p.75) acerca da origem histórica de tal princípio dizendo ter sido este recepcionado na jurisprudência norte-americana pela primeira vez no caso *Commonwealth v. Addicks*.

Já no direito brasileiro trata-se de um dos pilares do Direito de Família contemporâneo, encontrando fundamentação ao longo do art. 227 da Constituição Federal de 1988. Trata-se o "melhor interesse" de um reflexo da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, tendo total relação com a Doutrina dos Direitos Humanos (PEREIRA, 2017, p.88).

Silva (2015, p.19), em seu entendimento denota:

O princípio do melhor interesse do menor alcança todas as relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes, conferindo-lhes plena proteção e preservação de seus direitos. Sendo assim, qualquer decisão que inclua menores de idade, deve ser tomada respeitando seu melhor interesse e não o de seus pais ou responsáveis legais[...] a aplicação do princípio do melhor interesse do menor é capaz de lhe assegurar todos os direitos fundamentais os quais lhe são previstos, como o direito à vida e à saúde, à educação e ao respeito, à liberdade e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, entre outros.

Neste sentido, como expressado no entendimento acima, o foco principal de tal princípio consiste na proteção integral de crianças e adolescentes. Garantindo-lhe que seu bem-estar não será posto em risco em detrimento a vontade de outrem que sejam por eles responsáveis.

Enfatizando ainda tal entendimento Carvalho (2015, p.657) ressalta:

O princípio do melhor interesse da criança, incluído na doutrina da proteção integral, preconiza que os interesses dos menores devem ser priorizados tanto pela família quanto pela sociedade e pelo Estado. O interesse dos pais no exercício do poder familiar não pode sobrepor-se ao interesse dos filhos e o Estado deve priorizar suas ações para entender às necessidades e resguardar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Ainda segundo Pereira (2017, p.87-88) a Jurisprudência pátria tem se utilizado do princípio do melhor interesse como ponto norteador sobre questões relacionadas a adoção. Trazendo como um ponto primordial para tal situação a afetividade entre os indivíduos, adotante e adotado, que configuram partes na situação.

4ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: SUA POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E DA AFETIVIDADE

Como apresentado anteriormente, no segundo capítulo analisou-se dois dos pontos mais autos da discussão acerca da aceitação da adoção *intuitupersonae* tratando da viabilidade do direito dos genitores em escolher previamente os adotantes e a não inscrição dos mesmo no Cadastro Nacional de Adoção.

Assim, sistematizando tal entendimento Carvalho (2015, p.666) traz à voga o art.197-E, § 1º do ECA, como um dispositivo que prevê expressamente a possibilidade da não observância da ordem cadastral. Analisando sempre o princípio do melhor interesse do menor, dentro das hipóteses apresentadas no art. 50, §13 da mesma lei. Vejamos tais dispositivos:

Art.197-E [...]

§ 1º A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

De igual modo, são as seguintes hipóteses apresentadas pelo art. 50, §13:

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. (grifo nosso)

Sustenta Carvalho (2015, p.668) o posicionamento de que além das três hipóteses ensejadas pelo art. 50, §13 do ECA, ao considerar o princípio do melhor interesse do menor, ainda há outras três que relativizariam o uso da ordem cadastral. Faz se entender:

1)quando já existe vínculo afetivo entre adotante e adotado em razão da convivência, mesmo que em idade inferior a três anos.2) quando os

adotantes foram escolhidos pelos pais biológicos ao doar o filho 3) quando o menor foi acolhido em situação de perigo por abandono dos pais[...]. Ocorrendo uma dessas hipóteses, deve ser permitida a adoção, independentemente da ordem de inscrição no cadastro.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, na data de 19 de março de 2010, no Recurso Especial 1.172.067/MG, cujo relator foi o Ministro Massami Uyeda, da Terceira Turma, deu parecer favorável a um caso de adoção *intuitu personae*, decidindo não ser absoluta a ordem cadastramento *in verbis*:

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

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

[...]

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; (STJ, 3ª Turma, REsp. 1.172.067, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 19-3-2010)

Guerra (2013, p. 72-73), em consonância com os dados apresentados, enfatiza que a linha de pensamento utilizada pelos Tribunais de Justiça, evidenciam que os cadastros estaduais e o nacional de adotantes não podem configurar regra absoluta. Devendo ser analisado as peculiaridades do caso concreto.

Mesmo sendo a regra geral de que apenas os inseridos na lista que poderiam adotar são admitidas algumas exceções. O artigo 50, § 13 do ECA autoriza a adoção por aqueles que não estejam cadastrados. É cabível ao juiz considerando os princípios informadores da adoção, especialmente o da proteção integral infanto-juvenil e da real vantagem do adotando, em cada caso concreto autorizar a adoção por pessoa não cadastrada. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 939)

Bardallo (2010, p. 254-255), apresenta também argumentos favoráveis a aceitação da adoção *intuitu personae*. Enfatizando que deve ser aplicado ao caso concreto o bom senso, observando o critério do vínculo de afetividade, não aceitando de forma absoluta a regra do cadastro. Em seu entendimento deve ser também aceita tal adoção sob a ótica de que uma vez negada tal ação resultaria no medo dos adotantes em procurarem a justiça para regularizarem a situação e conseqüentemente a ocorrência da adoção “à brasileira”.

Em conformidade aos entendimentos acima citados acerca da necessidade de avaliação dos laços de afetividade já consolidados entre adotante e adotado e a necessária observância ao princípio do melhor interesse do menor, a 3º Turma do Superior Tribunal de Justiça, na data de 06 de novembro de 2012, tendo como Relator o ministro Sidnei Beneti decidiu também em favor a outro caso de adoção *intuitu personae*, ementa *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE -PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DAMENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SEREVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE -RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente. 2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. 3.- Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que "A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando". 4.- Caso em que, ademais, a retirada do menor da companhia do casal com que se encontrava há meses devia ser seguida de permanência em instituição de acolhimento, para somente após, iniciar-se a busca de colocação com outra família, devendo, ao contrário, ser a todo o custo evitada a internação, mesmo que em caráter transitório. 5.- A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança. 6.- alegações

preliminares de nulidade rejeitadas. 7.- Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1347228 SC 2012/0096557-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2012). (grifo nosso)

Outro exemplo de manifesto posicionamento favorável da justiça em relação a um caso de adoção consentida é a apelação cível de nº 1.0194.12.006162-8/002, proveniente a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na data de 27 de janeiro de 2015 (TJMG,2015).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ- NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO.

- O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".

- Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuitu personae'.

- Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.

- A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar(TJ-MG - AC: 10194120061628002 MG, Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 27/01/2015, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/02/2015). (grifo nosso)

Convalidando os entendimentos anteriormente expostos, o juiz de direito, Souza (2009, p.45), expressa-se da seguinte maneira:

Penso, no entanto, que se ponderando os valores em conflito, o princípio constitucional deve prevalecer, tendo em vista que o futuro de uma criança não pode ser prejudicado em razão da forma pela qual aqueles que exercem a sua guarda de fato a obtiveram. [...]Se os estudos sociais e psicológicos são favoráveis; se os guardiões de fato oferecem toda a estrutura necessária para o bom desenvolvimento psíquico-social do

infante; se há vínculo afetivo entre eles que acarrete sofrimento emocional ao menor no caso de separação, justifica-se a consolidação da adoção dirigida, ignorando-se, nestes casos, excepcionalmente, o cadastro de adotantes previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme se vê, o juiz acima referido também demonstra posicionamento favorável à aceitação da adoção *intuitu personae*, pela justificativa da prevalência dos princípios constitucionais de ser situação favorável ao menor, o que reforça a importância dessa modalidade de adoção.

5 CONCLUSÃO

No decorrer desta pesquisa, possibilitou-se o estudo do instituto da adoção em sua modalidade *intuitu personae*. Considerando seus requisitos e características, pode ser verificado que não se deve ser confundida com a adoção “à brasileira” que se caracteriza pelo emprego de má-fé do indivíduo que comete ilícito ao atribuir maternidade e/ou paternidade a filho alheio por meio de registro, com conduta tipificada como ilegal no artigo 242 do Código Penal Brasileiro.

Na adoção *intuitu personae*, os genitores, de forma consciente, entregam seu filho à pessoa de sua confiança. Além do consentimento dos pais intrínseco ao ato, também existe o emprego da afetividade, ponto máximo de diferenciação entre as modalidades de adoção.

A prática desta modalidade de adoção *intuitu personae* é algo constante no país, logo, não há justificativa plausível para a censura cega e fria da lei em relação a *intuitu personae*. Analisando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais abarcados nesta pesquisa, verifica-se que o formalismo imposto pela lei no que diz respeito à observância irrestrita da lista de espera não deve prevalecer sobre a afetividade.

Entende-se que, independente da boa intenção do legislador na formulação das modificações do artigo 50, § 13 do ECA, inseridas pela Lei de nº 12.010/09, na tentativa de coibir as práticas obscuras da adoção, também o afeto é considerado de imensurável valor, não podendo ser relativizado ou até mesmo posto em segundo plano em determinadas situações.

Considerando os argumentos favoráveis e desfavoráveis, constatou-se que o juiz, no exercício de sua função, ao analisar o caso concreto, deve pautar sua decisão de modo que privilegie o bem-estar do menor, levando em conta seu melhor interesse. Objetivando alcançar a justiça e em respeito aos princípios do melhor interesse do menor e da afetividade, deve-se sim conceder a adoção *intuitu personae*. Isso não significa deixar de levar em conta os critérios pontuados pelo legislador, exceto no que diz respeito à observância em caráter absoluto de inserção do adotante no cadastro nacional de adotantes. Constatado seu real vínculo de afeto com o adotado, não deve haver nenhum impedimento para que seja concedida a adoção *intuitu personae*, uma vez que seria incongruente colocar barreiras que se tornam óbice para que o menor venha a desfrutar do carinho que tanto carece.

Afinal, na adoção o que deve prevalecer não é o interesse do adotante, mas sim o melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 971p. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3833591/curso-de-direito-da-crianca-e-do-adolescente---katia-maciel>>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1172067/MG. L.C.B e outros. Relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, 18 de março de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225> . Acesso em: 11 de novembro de 2017.

BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1347228/SC, L. T. W. e outro. Relator: Ministro Sidnei Benete, Brasília, 06 de novembro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665130/recurso-especial-resp-1347228-sc-2012-0096557-1-stj/inteiro-teor-22665131?ref=juris-tabs> . Acesso em: 12 de novembro de 2017.

BRASIL, *Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069*, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 09 de julho de 2017.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

BRASIL, Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2017

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das famílias*. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo. Saraiva, 2015. 920p.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7ª.ed.rev, atual.e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. 671p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª.ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010. 945p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol.6, 625p. Disponível em: <www.fkb.br/.../Direito/Direito%20Civil%20Brasileiro%20-%20familia%20-%20Carlos%20>. Acesso em :12 de setembro de 2017

GUERRA, Eleonora Santos. *O afeto como valor jurídico: uma análise sobre a legalidade da adoção intuitu personae*. 2013. 95p. Monografia (bacharelado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22493/22493.PDF>. Acesso em :07 de agosto de 2017

KUSANO, Suely Mitie. *Adoção Intuitu Personae*. 2006. Tese de doutorado (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, São Paulo. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/.../1/Tese%20Suely%20Mitie%20Kusano.pdf>. Acesso em :30 outubro de 2017

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.439p.Disponível em:
 <www.elivros.xyz/livros.../LÔBO,%20Paulo.%20Direito%20civil%20-%20famílias.pdf.. Acesso em: 08 agosto de 2017

MADALENO, Rolf, 1954. *Curso de Direito de Família*. Madalena, 5ª ed. rev., atual. e ampl, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013. 1.302p. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/alexandrasouza167/curso-de-direito-de-familia-rolf-madaleno-5-edio> . Acesso em: 03 de junho de 2017.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Direito de Família*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. Disponível em: <https://docs12.minhateca.com.br/1066469019,BR,0,0,Curso-de-Direito-Civil---Vol-5-Família---Paulo-Nader---2016.pdf> . Acesso em: 21 de agosto de 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25ª ed. rev. e atual. RiodeJaneiro. Editora Forense.2017. 736p. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/35464483/caio-mario-da-silva-pereira---instituicoes-de-direito-civil---volv---direito-de->. Acesso em: 01 novembro de 2017.

SILVA, Larissa dos Reis. *Adoção intuitu personae à luz do princípio do melhor interesse do menor*.2015.69p. Monografia (bacharelado em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2015. Disponível em:www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7040/1/21046707.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

SOUZA, Rodrigo Faria de. *Adoção Dirigida (Vantagens e Desvantagens)*. Rio de Janeiro. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.p.185-194.Disponível em :www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_184.pdf . Acesso em: 16 setembro de 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*.Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

