

## ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* FRENTE À LEI 12.010/2009

Joycelany Borges Soares<sup>1</sup>

Henrique Batista de Araújo Neto<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo tem por objetivo o estudo do instituto da adoção, sua natureza jurídica e seus princípios predominantes, baseado em pesquisa teórica de caráter qualitativo, bibliográfica e documental em renomados livros, artigos e análise da legislação pertinente. Ao demonstrar a necessidade da regulamentação da adoção *intuitu personae* ou consensual após o advento da Lei nº 12.010/12, compreende-se que a regulamentação da adoção consensual constitui um avanço capaz de diminuir distancias e garantir direitos tanto de quem espera um lar como de quem encontrou um filho, sem desmerecer os pais biológicos.

**Palavras-chave:** Adoção *intuitu personae*. Princípio do melhor interesse da criança. Princípio da proteção integral da criança. Lei 12.010/2009.

## ADOPTION PERSONAL INTUITION FRONT OF THE LAW 12.010 / 2009

### ABSTRACT

This article aims to study the institute of adoption, its legal nature and its prevailing principles. Based on theoretical research of qualitative and bibliographic character, based in

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: joyceborges01@gmail.com

<sup>2</sup> Professor Mestre. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grane do Norte (UNI-RN). E-mail: prof.henriquebatista@gmail.com

renowned books, articles and analysis of relevant legislation. To demonstrate the need for regulation of *intuitu personae* or consensual adoption after the enactment of Law No. 12,010 / 12, it being understood that the Regulation of consensual adoption is a breakthrough capable of reducing distances and guaranteeing rights both for whom expect a home as for whom found a child, without disregarding the biological parents.

**Keywords:** Adoption *intuitu personae*. Principle of the best interests of the child. Principle of integral protection of children; Law 12.010 / 2009.

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção é um dos institutos mais antigos da sociedade, basta pensarmos no fato de que sempre houve crianças abandonadas ou oferecidas à adoção, assim como pessoas que queriam adotar. Considerando ser um ato jurídico revestido normalmente de “afetividade”; Tem atualmente como objetivo não apenas o melhor e maior interesse da criança e do adolescente, mas também sua proteção integral.

Este artigo tem por finalidade o estudo do instituto da adoção, seu contexto histórico, natureza jurídica e princípios predominantes. Analisando-se a problemática da adoção por casal não inscrito no Cadastro Nacional de Adoção, conhecida como adoção consensual ou *intuitu personae*.

Embora exista desde 1990, em meados de 2009 o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu a sua primeira grande reforma por intermédio da chamada Lei Nacional da adoção. A nova legislação acabou por obstaculizar ainda mais o processo de adoção concernente aos adotantes não inscritos previamente no Cadastro Nacional de Adoção, limitando-os apenas a três possibilidades, as quais estão elencadas no artigo 50, parágrafo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção *intuitu personae* constitui uma prática comum em nosso ordenamento jurídico, consistindo no ato pelo qual a mãe ou parente biológico escolhe a quem vai entregar a criança ou adolescente para adoção. Neste instituto em específico, prevalece o animus de entregar o adotando a uma pessoa conhecida em virtude de depositar nesta pessoa confiança.

Todavia, com a regulamentação trazida pela Lei nº 12.010/09 essa prática passou a ser vedada, devendo-se obedecer à ordem cronológica do cadastro nacional de adoção, existindo poucas exceções, as quais infelizmente não atendem a todos que necessitam adotar embora não estejam previamente cadastrados na lista de pretendentes à adoção e principalmente as transformações sociais diária de casos envolvendo a adoção dirigida ou consensual.

Demonstrando que é necessária a regulamentação desta forma de adoção mesmo após o advento da Lei nº 12.010/12, também conhecida como Nova Lei da Adoção. Evidenciando que as alterações feitas por esta lei reduziu significativamente as possibilidades de adoção direta.

Ademais analisa-se que a burocracia trazida pelas modificações concernentes à imposição da ordem de preferencia do Cadastro Nacional de Adoção constituem insegurança jurídica observável, ferindo o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Esse processo além de cercear o direito das famílias biológicas à escolha de quem adotará seu filho, trás como consequência práticas ilegais como abandono de crianças, adoção à brasileira dentre outras, desvirtuando a real finalidade do instituto, qual seja proteger e resguardar os direitos de crianças e adolescentes.

## **2 ADOÇÃO: Contexto histórico e conceitual**

O instituto da adoção pode ser considerado um dos mais antigos que já existiu segundo o entendimento da doutrina (DIAS, 2009). Para os antigos adotar um filho era, portanto, zelar pela perpetuação da religião doméstica, ou seja, tinha como princípio prevenir a extinção de um culto (COULANGES, 2004, p.65). Todavia a adoção propriamente dita tem suas origens mais remotas na Lei das XII Tábuas em Roma (MIRANDA, 2000, p. 220), aqui não era necessário renunciar a uma família e tão pouco a um culto, assim como não havia a intervenção do povo nem de pontífices, prevalecia à autoridade do magistrado.

Diferente das cerimônias sagradas dos antigos para o ato da adoção, após as XII Tábuas, o procedimento consistia na formação de novo pátrio poder, no qual o pai natural de

modo simbólico renunciava a esse poder, que por sua vez era aceito pelo adotante e posteriormente homologado pelo magistrado.

Muito embora este instituto tenha sofrido diversas mudanças ao longo do tempo e em diversos sentidos, no Brasil é notória a relevância principiológica trazida pela constituição de 1988 nos reflexos das relações que envolvem o ato de adotar.

A adoção, em seus contornos atuais, constitui um instrumento de efetivação do direito constitucional de crianças e adolescentes à convivência familiar, a um lar, quando esta não se pode dar no seio familiar, é exatamente neste ponto que concretiza-se a filiação por afetividade, na qual o amor entre pais e filhos por adoção nutre-se e torna-se visível desde logo.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças e Adolescentes, precisamente, em seu princípio 6º diz:

6º- Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas (BRASIL, 1956).

Assim depreende-se que quando não é possível os cuidados pela família biológica o que deve pesar é a necessidade dessa criança desenvolver-se em um ambiente que lhe proporcione amor e segurança.

Em concordância com o princípio acima exposto, a Constituição da República em seu artigo 227 (BRASIL, 1988) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no artigo 192 (BRASIL, 1990), dispõem no sentido de que toda criança e adolescente possuem o direito de serem criados no seio de sua família, sendo a colocação em família substituta situação excepcional acerca do direito à convivência familiar.

Observa-se que a regra, é a permanência dos filhos junto aos seus pais biológicos, para que sejam criados com afeto e compreensão, conforme preceitua a carta Magna. Todavia há

situações, em que o afastamento dos pais biológicos é o único meio eficaz de garantir ao menor uma vida digna e saudável. Como se observa em casos de maus-tratos, abandono, tortura e outras hipóteses que impossibilitam a permanência da criança com a família de origem.

Nesses casos, a lei assevera que deve-se prioritariamente buscar inserir a criança ou adolescente em sua família natural extensa, tais quais tios, avós, irmãos, somente quando encerrada estas possibilidades é que buscar-se-á a denominada família substituta, ou seja, o ultimo caso é a adoção, porém muitas das vezes a primeira tentativa resta frustrada tendo em vista que os familiares não aceitam pra si tal responsabilidade e esta criança termina que abandonada mais uma vez.

Assim, há determinadas situações em que a criança ou adolescente são retirados de sua família biológica, ou ainda entregues de modo consensual pelos genitores a determinadas pessoas e a adoção possui o condão de suprir os encargos da família natural, cuidando e dando a crianças e adolescentes meios de conviver e desenvolver relações afetivas que lhe foram privadas na família biológica, indispensáveis para o seu desenvolvimento harmônico.

### **3 NATUREZA JURÍDICA**

Houve quem considerasse que a adoção possui natureza jurídica contratual, visto que na vigência do antigo código civil de 1916, precisamente em seu artigo 375, *in verbis*: “A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo” (BRASIL, 1916), havia a possibilidade de realizar a adoção por escritura pública, caracterizando-se assim, um ato negocial entre os pretendentes. Nesse período o objetivo primeiro era o interesse de quem queria adotar e não necessariamente o interesse da criança posta à adoção.

Todavia, esse entendimento não permanece nos dias de hoje, uma vez que vivemos sob a égide de um ordenamento jurídico principiológico, que visa antes de mais nada a proteção integral da criança e seu maior interesse, outro ponto importante diz respeito ao fato que a adoção constitui ato irrevogável, de modo que não pode ser desfeito pelo simples consentimento das partes, desmistificando de uma vez a possibilidade do caráter contratual.

É nesse sentido que Pontes de Miranda considera que a adoção é ato jurídico solene, “No qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação” (MIRANDA, 2000, P.220). Trata-se assim de uma ficção jurídica.

Para Maria Berenice “a adoção trata-se de ato jurídico em sentido estrito” (DIAS, 2009), posto que precise de chancela por parte do poder judiciário para gerar efeitos.

Embora a adoção *intuitu personae* conte com o acordo de vontades entre o parente biológico e o adotante, não há o que se falar em caráter contratual, visto que esse consenso entre as partes não é o suficiente para a efetivação da adoção, sendo imprescindível a intervenção judicial.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald a adoção consiste em ato complexo, tendo em vista a ideia de necessidade do acordo de vontades e a imprescindibilidade da outorga e acompanhamento judicial para tornar-se completa, passando por diferentes momentos jurídicos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 183).

A adoção gera um parentesco civil entre o adotante e o adotado. Não podendo haver distinção ou qualquer tratamento discriminatório entre filhos biológicos e filhos por afetividade. O parentesco civil será igualado em tudo ao parentesco consanguíneo, em harmonia com a Carta Magna, ambos possuem os mesmos direitos e deveres, principalmente no que tange direitos sucessórios.

#### **4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Princípios Constitucionais são à base do nosso ordenamento jurídico atual. Neste sentido o artigo 100, paragrafo único, do Estatuto da Criança e do adolescente (BRASIL, 1990), alterado pela Lei 12.010/09 (BRASIL, 2009), elege princípios que prevê medidas e cuidados concernentes às crianças e adolescentes para garantir sua proteção integral e seu interesse superior.

Crianças e adolescentes são sujeitos de Direito, devendo ser compreendida como pessoa em desenvolvimento, conforme artigo 6º do ECA (BRASIL, 1990), motivo pelo qual mereça uma atenção diferenciada por parte do Estado, isso é notório quando analisamos o

artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preceitua que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e devem ter seus direitos e garantias preservados em todas as suas vertentes, tendo em vista sua vulnerabilidade diante da sociedade.

Esse entendimento de proteção integral pode ser considerado um marco no campo da infância e juventude, superando tudo que se tinha por direito anteriormente, quando diz que as crianças devem ser protegidas em qualquer situação, abri um leque de oportunidades para terem-se os direitos protegidos de uma forma mais intensa, assegurando seu crescimento e amadurecimento para alcançar outras etapas da vida.

Quando analisa-se o princípio do maior e melhor interesse da criança e do adolescente, resta claro seu objetivo, qual seja, preservar as necessidades e os direitos das crianças e adolescentes em detrimento de outros interesses, que podem ser dos adotantes, dos genitores e até mesmo do Estado. A ideia trazida pelo referido princípio nos remete a transmutação da compreensão as criança como objeto passivo da vontade dos pais, para serem titulares de direito legalmente protegidos.

## **5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente adentrou no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988, onde o constituinte estabeleceu, precisamente no artigo 227, como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A proteção integral, em síntese, norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Partindo-se do pressuposto que são seres humanos em desenvolvimento e não possuem todas as ferramentas intelectuais para exercer autonomamente seus direitos, necessitando assim de terceiros para resguardar seus interesses, até que se tornem plenamente capazes.

É importante salientar que o princípio da proteção integral veio em substituição à teoria da “situação irregular” trazida pelo Código de Menores de 1979. No entanto sua aplicação se limitava a determinadas e peculiares situações que se encontravam certas crianças, com o intuito de prevenir e tratar tais carências pela esfera estatal (GOMES, MANUELA BIATRIZ, p.16). Esta teoria era deficiente, de modo que não se dirigia a toda e qualquer criança, além de que não trazia direitos e sequer medidas de apoio à família, destinando-se, deste modo, a aplicar sanções (LIBERATI, Wilson Donizete, pag.15).

A aplicação do princípio, ora explanado, possui um caráter universal, visando atingir todas as crianças e adolescentes, sem qualquer discriminação. O que não poderia ser diferente, haja vista a visão axiológica da Constituição Federal vigente em nosso ordenamento jurídico.

Sendo destacado ainda no Estatuto da Criança e do adolescente em seu artigo 1º<sup>3</sup>, no tocante a resguardar integralmente as prerrogativas e garantias estabelecidas por este estatuto. Consagrando deste modo, a ampla prioridade da proteção de crianças e adolescentes.

## **6 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

O princípio constitucional do melhor interesse da criança ou adolescente foi contemplado pela primeira vez no artigo 2º da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, aduzindo que:

Art. 2º- A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. (Organização das Nações Unidas, 1959).

Não muito diferente do princípio anterior, este busca antes de tudo a proteção de quem está em desenvolvimento, no sentido de que havendo conflitos que envolvam crianças e adolescentes, familiar ou Estado, deve prevalecer o bem estar das crianças e adolescentes, se

---

<sup>3</sup> ECA, artigo 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

sobrepondo, inclusive, a mera formalidade jurídica, conforme bem preceitua ZAMIRA DE ASSIS e WESLLAY CARLOS RIBEIRO:

O princípio do melhor interesse, no que se refere à adoção, determina que é mais relevante a felicidade da criança e do adolescente do que a mera situação jurídica alcançada pela verdade registral, desacompanhada de laços de afeto, ou, a adoção que se realiza no interesse exclusivo do adotante, sem alcançar sua verdadeira vocação de prioridade da pessoa em formação. O melhor interesse diverge da solução meramente conceitual para um dilema jurídico formal; ao contrário, tem o sentido de garantir à criança e ao adolescente sua prevalência absoluta.” (RIBEIRO, 2012, p. 85).

O princípio do melhor interesse da criança ou adolescente abrange algo muito além do que preceitua os deveres de cuidado descrito no artigo 227 da Constituição Federal, no sentido que não basta somente o tratamento coletivo das instituições de acolhimento para o desenvolvimento completo da criança, eles precisam de cuidados diferenciados, de modo a sentirem-se parte de um seio familiar propício ao seu crescimento pessoal, segundo Nidian Santos da Silva e Juliana de Paula Batista:

Não basta para toda a criança ou adolescente só o tratamento coletivo dispensado nas instituições, eles precisam que alguém lhes dê cuidados particulares, assim sendo, o juiz, ao deferir a sentença de adoção, deverá basear suas decisões observando o contato com as partes envolvidas, e, ainda, o laudo psicossocial que é de extrema importância e, acima de tudo, o legítimo interesse da criança. (SILVA; BATISTA, p. 9)

Concluindo-se que o princípio do melhor interesse busca, tendo em vista o caso concreto, atribuir o que for melhor para a criança ou adolescente, no tocante que as decisões devem sempre buscar o interesse e a proteção desta.

## **7 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE OU CONSENSUAL**

A adoção tem como uma de suas premissas a inexistência ou rompimento dos vínculos com a família ou integrante da família natural, e, a partir dela decorre obrigação de zelo,

cuidado, atenção, educação, e antes de qualquer coisa o importante processo de formação do vínculo de afeto e amor, pelo qual a família completa-se.

A fragilidade trazida pelo processo de adoção requer de sobremodo uma visão mais humanizada, tanto do ponto de vista legal quanto material. Devendo-se observar que após 1988 a adoção passa a ser compreendida como medida protetiva à criança e adolescente e deve ser analisada com sensibilidade, assim como a luz dos princípios pertinentes.

Segundo o ECA o processo de adoção obedecerá a ordem cronológica de crianças e adolescentes postos a adoção em cada comarca e respectivamente a de pretendentes devidamente habilitados, o qual constitui o Cadastro Nacional de Adoção.

Maria Berenice Dias possui o seguinte entendimento a respeito deste assunto:

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferências 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 a tentar à listagem. (DIAS, p.510)

Ocorre que nem sempre o instituto da adoção se realiza pelos termos impostos pela lei, é o que podemos comprovar com a modalidade da *adoção intuitu personae* ou consensual, ocorre quando a mãe manifesta interesse em entregar seu filho para determinada pessoa adotar ou ainda quando os adotantes elegem certa criança para ser adotada.

Para Rolf Madaleno, “*adoção intuitu personae* é aquela em que os pais dão consentimento para adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presente os demais pressupostos para a adoção.”

É importante mencionar que esta modalidade pode aparecer de duas formas diferentes, na forma mais comum os genitores entregam o filho para um terceiro, pois desejam que estes assumam a condição de pais por afetividade; já na segunda hipótese, certa pessoa ou casal deseja adotar criança específica, pois de alguma forma já consolidou-se ou está em formação os laços de afetividade (GOMES, 2013, p. 59).

O interessante é que a primeira forma pode-se afirmar, que é baseada na confiabilidade, visto que a genitora acredita ser aquela determinada pessoa, o indivíduo certo para cuidar de

seu filho, vislumbrando-se assim a busca concreta pelo melhor e maior interesse da criança e do adolescente em questão.

Embora muito questionada, a adoção intuito personae não deixa de ser prova de amor e cuidado, de quem abre mão de seus interesses para buscar o bem estar e a felicidade de seu filho, conforme preceitua Maria Berenice Dias, “Aliás, dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá cria-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica”.

## **8 A ADOÇÃO CONSENSUAL APÓS O ADVENTO DA LEI 12.010/2009**

A lei 12.010/2009 alterou de modo significativo o Estatuto da Criança e do Adolescente, no tocante ao objeto deste estudo, de modo a tolher a adoção de quem não esta incluso no Cadastro Nacional de Adoção, consoante o que determina o artigo 50, parágrafo 13º, do ECA<sup>4</sup>:

Antes esse tipo de adoção era concedida naturalmente com base nos laços de afetividade envolvidos no caso concreto, agora com a vedação legal este tipo de adoção encontra-se engessado em apenas três possibilidades.

Quando se tratar de adoção unilateral, que ocorre quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro, ou seja, se a adoção for pretendida por uma família de adotantes, o que geralmente acontece, a adoção não poderá ser permitida.

Podendo ser deferida ainda quando for pleiteada por parente em que a criança mantenha vínculo, no entanto, quando os familiares não demonstrarem interesse ou não poderem aceitar a criança ou adolescente em seu ceio familiar, este é dispensado e será amparado em uma instituição de acolhimento, abrigo este que pode durar anos.

---

<sup>4</sup> ECA, Artigo 50 § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

**I** - se tratar de pedido de adoção unilateral;

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

**III** - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

E por ultimo quando o adotante estiver com a guarda de criança maior de três anos e comprovar lapso de tempo de convivência para fixação da afetividade, embora note-se que o legislador buscou eliminar fraldes que cercam o instituto da adoção, não se pode regrear ou proibir laços de afeto e cuidado, visto que o fato de um indivíduo não está incluso previamente em uma lista, não impede a formação da relação de “pais e filhos de coração”.

## **9 A EXIGIBILIDADE DA ORDEM CRONOLÓGICA DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO FRENTE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE**

Mais do que tratar o fato adoção como uma situação diferenciada, o Estatuto propôs um cadastro integrado, estabelecendo uma ordem cronológica de pretendentes à maternidade ou paternidade fictícia, e crianças aptas para adoção.

É nesse sentido que inova o art. 50, do ECA ao ponderar 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.”

O objetivo do referido cadastro é positivo, no entanto, não pode menosprezar a realidade em que a ciência jurídica é constantemente mutável, principalmente no tocante ao direito de família, o qual envolve algo muito além do que determina a lei, a afetividade.

Neste sentido, a obediência estrita a ordem estabelecida pelo cadastro pode violar o consagrado princípio da prevalência do maior e melhor interesse da criança, contrariando a real finalidade do instituto da adoção, segundo Júlio Alfredo de Almeida:

A observância do cadastro de adotante é cogente, mas afirmo que em determinados casos sua aplicação deve ser desconsiderada, isso porque, mesmo subvertendo a necessidade do sistema de adoção, sua observância seria tão maléfica ao adotando, que o tornaria uma peça contrária à finalidade para a qual foi concebida (ALMEIDA, p. 22)

É importante atentarmos ao fato de que a institucionalização de crianças para resguardar a mera preferencia do cadastro é de se considerar uma violência tamanha, na qual a criança é retirada do lar em que foi entregue pela família biológica para ser lançada em um

abrigo, ficando a disposição de quem a escolher, e lastimável é se não for branco(a), não tiver cabelos lisos ou tiver alguma deficiência, porque podem tornar-se “inadotáveis”; Como bem expõe Maria Berenice Dias:

A enorme burocracia que cerca a adoção faz com que as crianças se tornem ‘inadotáveis’, palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém quer, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas, não são perfeitas ou são portadoras de necessidades especiais (DIAS, 2014, p 129)

A aplicação “cega” do que impõe a lei, vai de encontro ao nosso ordenamento jurídico, preponderantemente principiológico desde a Constituição Federal de 1988, analisando-se o que aduz a doutrinadora Maria Berenice Dias: “Entre o medo e o dever, todos devem preservar o direito de crianças permanecerem no seu lar. Tornar obrigatória a observância do cadastro é de uma inconstitucionalidade flagrante por desrespeitar o princípio do melhor interesse e o sagrado direito à convivência familiar” (DIAS, p.02)

É neste sentido que a jurisprudência toma por base a proteção integral e o melhor interesse de crianças e adolescentes, decidindo favorável a adoção consensual ou dirigida, fazendo prevalecer os laços de afeto diante da ordem cronológica do cadastro, inócua para esses casos.

No julgamento do Agravo Regimental na MC 15.097-MG o STJ<sup>5</sup> entendeu pela possibilidade da adoção *intuitu personae* ou consensual, bem como pela prevalência desta sobre a ordem do cadastro nacional de adoção, aplicando o princípio do melhor interesse da criança, consagrando a afetividade ainda nos oito primeiros meses de vida do adotando.

As decisões judiciais tendem a priorizar o bem estar da criança ou adolescente, conforme jurisprudência do TJRS de caso julgado em 2012: (Apelação Cível Nº 70048223564, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho

---

<sup>5</sup> AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS, COM O QUAL FICOU DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - APARÊNCIA DE BOM DIREITO - OCORRÊNCIA - ENTREGA DA MENOR PARA OUTRO CASAL CADASTRADO - PERICULUM IN MORA - VERIFICAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. (MINISTRO MASSAMI UYEDA - T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 06/05/2009).

Fraga, Julgado em 29/08/2012)<sup>6</sup> na qual o relator afirma que a criança conta apenas com cerca de um ano e oito meses todavia é tratada como filho desde os primeiros dias de vida e deste modo sua retirada do seio familiar que o acolheu viola os princípios constitucionais e legais da proteção a criança, considerando mais uma vez o vínculo de afeto existente.

## **10 A SITUAÇÃO DE DESMERECEMENTO DAS FAMÍLIAS BIOLÓGICAS E AS FRAUDES RESULTANTES DO ESTRITO LEGALISMO**

Quando o assunto é adoção consensual, o questionamento inicial que pode ser gerado é o seguinte: O que leva uma mãe entregar seu filho para adoção? Ou porque esta pessoa deseja adotar esta determinada criança e não outra?, considerando-se a quantidade e a diversidade de crianças aptas no cadastro de adoção.

A resposta é simples, já existe uma relação “familiar” pré-formada quando se trata da consensualidade na adoção, seja de cuidado pela criança encontrada ou a confiança existente entre a família biológica e o adotante, em linhas gerais uma relação permeada pela afetividade. De modo, que essa relação familiar não pode ser desconsiderada, conforme vislumbra Paulo Lobo:

A adoção não pode ser imposta, desconsiderando a relação de filiação existente. A necessidade do consentimento dos representantes legais do adotando, especialmente os pais, envolve a autonomia dos sujeitos, considerando-se o corte definitivo que haverá na relação de parentesco, entre eles, e na transferência permanente de família. Sem o consentimento não poderá haver adoção. O direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não podendo ser suprimida por decisão judicial. (LOBO, p. 291)

Devendo-se observar que a vontade dos pais não pode ser simplesmente anulada pela vontade da lei, o que também não pode ser dissociado da tutela jurisdicional, restando o

---

<sup>6</sup> APELAÇÃO. FAMÍLIA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA DE CRIANÇA. MÃE BIOLÓGICA QUE NÃO REVELA CONDIÇÕES DE CUIDAR DO MENINO. CASAL QUE, EMBORA NÃO HABILITADO EM LISTA DE ADOÇÃO, JÁ SE ENCONTRA COM A CRIANÇA, TRATANDO-A COMO FILHO, HÁ MAIS DE UM ANO E SEIS MESES, PORTANTO, DESDE QUE O MENINO POSSUÍA DIAS DE VIDA. RETIRADA ABRUPTA DO MEIO FAMILIAR EM QUE INSERIDO QUE VIOLA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, SEJA PELO TEMPO DECORRIDO, SEJA PELO MELHOR INTERESSE DO INFANTE, CONSIDERANDO SUAS ADEQUADAS CIRCUNSTÂNCIAS FAMILIARES E VÍNCULO DE AFETO EXISTENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RELATOR: ROBERTO CARVALHO FRAGA, JULGADO EM 29/08/2012).

entendimento que deve haver harmonia entre família e Estado para garantir o êxito no processo de adoção, conforme explica Gisele Groeninga: “O direito da criança e do adolescente não pode ser dissociado do direito dos pais. Tal natureza pode ser considerada no seio das demandas judiciais” (GROENINGA, 2011, p. 08) Segundo Dias, nada pode impedir a família biológica de escolher a quem vai entregar seu filho para adoção, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico permite a nomeação de tutor ao filho, a critério dos pais:

E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. As 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. Basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor ao filho. E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha de a quem dar o seu filho (DIAS, 2014, p. 02)

No mesmo entendimento assevera Dalva Azevedo Gueiros: “A participação da mãe ou dos pais na entrega, seria mais ativa, além de esta revestida de uma preocupação com o bem estar da criança, aspecto que, aparentemente, não ocorreriam nas situações de abandono da criança” (GUEIROS, 2007, p. 34)

Desse modo, ao adentrar no campo da adoção consentida, na qual existe o contato entre as duas famílias envolvidas, é necessário uma mudança de mentalidade dos operadores que atuam nessa área, de modo a pensarem no melhor e maior interesse da criança e do adolescente, criando mecanismos para uma adoção capaz de priorizar os interesses da criança, todavia não desmerecendo famílias biológica e adotiva, posto que há uma preocupação por parte de ambos para o bem estar do adotando.

Devendo-se salientar que a insegurança jurídica trazida pela ausência de legislação sensível a realidade e pertinente a adoção discutida acaba por fomentar práticas ilegais como adoção a brasileira, na qual há a falsificação de documento, alguém registra filho de outrem como seu, ou há outros que preferem deixar a criança na clandestinidade a espera do “tempo de formação do vínculo afetivo” imposto pelo artigo 50, parágrafo 13º, III, do ECA.

É importante compreendermos que a entrega da criança à adoção afasta a possibilidade de abandono, restando notório a preocupação da família biológica com a proteção e o bem

estar da criança ou adolescente entregue a pessoa conhecida, em concordância com a análise de Dalva Azevedo Gueiros:

Os estudos que direcionam sua atenção para a família biológica põe em relevo a questão abandono *versus* entrega. A situação de entrega e via de regra, associada a um processo de decisão no qual a mãe ou os pais, por razões diversas, se declaram, ou se aceitam, impossibilitados de criar o filho (GUEIROS, 2007, p. 29)

Restando notório os transtornos relativos à observância do estrito positivismo, situação em que direitos podem ser suprimidos e princípios constitucionais podem ser deixados de lado para fazer valer o que a lei ordena. Afastando os envolvidos nesse tipo de adoção da esfera regulatória do poder público.

## 11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado analisa o contexto histórico e conceitual da adoção, os princípios norteadores do contemporâneo direito da criança e do adolescente e atual realidade brasileira no que se refere à situação dos pleiteantes à adoção e das crianças e adolescentes que não estão inscritos no cadastro nacional de adoção.

As conclusões advindas deste estudo permitem afirmar que a efetiva aplicação da teoria da proteção integral, bem como dos princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, embora sejam verificados na prática da jurisprudência do país, é omitida pela legislação considerada “Nova” em nosso ordenamento jurídico, no tocante a adoção.

No entanto crianças e adolescentes permanecem sendo institucionalizadas, tendo como fundamento a “cega” aplicação da ordem cronológica do cadastro nacional de adoção, assim como as famílias biológicas seguem vendo seu direito de escolher quem irá cuidar de seu filho cerceado, enquanto nossos legisladores se omitem em regulamentar a adoção *intuitu personae* ou consensual, violando direitos constitucionais.

Assim, a burocracia exacerbada e as limitações impostas pela exigência do cadastro de adoção fazem crianças e adolescentes crescerem dentro de instituições de acolhimento ou

tornarem-se “velhas” demais para serem adotadas, em claro desrespeito a seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

A ciência do Direito ou a “letra” da lei, por si só, é exígua para solucionar definitivamente tema de tamanha delicadeza para a sociedade brasileira, sendo importante a compreensão interdisciplinar deste assunto, o qual imprescindível se faz analisar os aspectos psicológicos e sociais para então alcançar o êxito legal. A vivência dentro do seio familiar é de tal importância que aparece, na Constituição Federal, como direito fundamental de toda criança e adolescente.

### REFERÊNCIA

ASSIS, Zamira; RIBEIRO, Wesllay Carlos. A Base Principiológica do Melhor Interesse da Criança. **Revista Síntese. Direito de Família**, n. 71, abr./maio, 2012.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 3ed. São Paulo: LEUD, 1983.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**: casamento, divórcio, concubinato, filiação, filhos de criação e legitimação adotiva. Rio de Janeiro: Alba, [19--].

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**: Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2015.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção**: entre o medo e o dever. (Artigo) Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/adocao.dept>> Acesso em: 10 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. (Artigo) Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/adocao.dept>> Acesso em: 10 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou**. (Artigo) Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/adocao.dept>> Acesso em: 15 out. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, v. 6: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 970 p. (Coleção curso de direito civil; v.6).

GOMES, Manuela Biatriz . **Adoção intuitu personae no direito brasileiro**: uma análise principiológica, 2013, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-09122014-135856/pt-br.php>>. Acesso em: 08 out. 2015.

GOMES, Orlando. **Direito de família**: e direito das sucessões. 11. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

GROENINGA, Gisele Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**: Análise interdisciplinar com vistas à eficácia e Sensibilização de suas relações no poder judiciário, 2011, São Paulo. 260 f. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

GUEIROS, Dalva Azevedo. **Adoção consentida**: do desenraizamento social da família “a pratica de adoção aberta”. São Paulo: Cortez, 2007.

JÚLIO, Alfredo de Almeida. **A adoção de recém-nascido no ECA e no Projeto de Lei Nacional da Adoção: O risco da legalização absoluta da adoção “*intuitu personae*”**.

Disponível em < <https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/adocao.doc> > . Acesso em: 04 ago. 2015.

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

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Gerlanne Luiza Santos de. Convivência familiar: direito da criança e do Adolescente. **Caderno de Estudos Ciência e Empresa**, Teresina, ano 8, n. 1, jul. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. IV

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: direito de família, direito parental, direito protetivo - Parte Especial**. Campinas: Book Seller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito da família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1979/1981.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. 2008. Disponível em: <[http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Tania\\_da\\_Silva\\_Pereira/MelhorInteresse.pdf](http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RORIGUES, Dandara Borges. A adoção “*intuitu personae*” prevista na lei 12.010/09 face ao princípio do melhor interesse do menor. **JusBrasil**. Disponível em: <[jusbrasil.com.br/artigos/111907048/a-adocao-intuitu-personae-prevista-na-lei-12010-09-face-ao-principio-do-melhor-interesse-do-menor](http://jusbrasil.com.br/artigos/111907048/a-adocao-intuitu-personae-prevista-na-lei-12010-09-face-ao-principio-do-melhor-interesse-do-menor)>. Acesso em: 13 nov. 2015.

SILVA, Nidian Santos da; BATISTA Juliana de Paula. A constituição do vínculo na adoção: aspectos jurídicos e afetivos. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta: JUDICARE**. Disponível em: <<http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/article/view/56>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa (colab.). **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.