



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESÉ
CURSO DE DIREITO

THALITA FERREIRA SANTOS OLIVEIRA

(IM)POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

ARACAJU
2020

O48p

OLIVEIRA, Thalita Ferreira Santos

(Im)possibilidade da Adoção Intuitu Personae / Thalita Ferreira Santos Oliveira; Aracaju, 2020. 21p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Necésio Adriano Santos.

1. Adoção dirigida 2. Cadastro Nacional de Adoção 3. Burocracia no Processo de Adoção 4. Legalização da Adoção Intuitu Personae .

347.633(813.7)

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

THALITA FERREIRA SANTOS OLIVEIRA

(IM)POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Artigo científico apresentado à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito, no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10



Prof. Me. Necésio Adriano Santos
1º Examinador (Orientador)

Profa. Esp. Robéria Silva Santos
2º Examinadora

Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco
3º Examinador

Aracaju (SE), 13 de junho de 2020.

(IM)POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*^{1*}

Thalita Ferreira Santos Oliveira

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade abordar questões acerca da possibilidade de legalização da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro, sobre o prisma do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A adoção dirigida, como também é conhecida, é uma das modalidades de adoção existentes no Brasil, que se caracteriza quando os genitores, na maioria das vezes só a genitora, decide entregar seu filho a alguém em que tenham confiança de que pode garantir melhores condições educacionais, financeiras e psicológicas para o infante, sem que este esteja inscrito no Cadastro Nacional de Adoção, consequentemente desrespeitando a ordem cronológica do referido cadastro, bem como infringindo o que dispõe a legislação. Existe uma divergência no que diz respeito à necessidade de se dar efetividade ao cadastro de adoção, nos moldes do que impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, frente à sua flexibilização, com suporte no princípio do melhor interesse, em conjunturas excepcionais de formação de vínculo afetivo entre o infante e os adotantes, com o propósito de se garantir que a criança ou o adolescente não sofra tanto com as consequências da separação ou da perda dessa convivência. O estudo surgiu da necessidade de entender em que consiste tal prática e a motivação de sua aplicação no contexto brasileiro. Para a elaboração deste artigo, foram utilizadas como metodologia pesquisas bibliográfica, em revistas, documentos, legislação e jurisprudência. A análise do princípio do melhor interesse da criança leva ao questionamento a respeito da possibilidade da adoção *intuitu personae*, trazendo questionamentos sobre a figura do abandono ou entrega de uma criança pelos pais biológicos, a autonomia dos pais biológicos e a ingerência da chancela estatal.

Palavras-chave: Adoção dirigida. Cadastro Nacional de Adoção. Burocracia no Processo de Adoção. Legalização da Adoção *Intuitu personae*.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem o fito de analisar um tema pertinente que está atrelado a rotina da sociedade brasileira, o instituto da adoção, mais especificamente a adoção *intuitu personae* e a possibilidade de sua legalização. Também chamado doutrinariamente de adoção consentida, faz parte de uma das muitas modalidades de adoção existentes no Brasil, caracterizada por ser exceção à regra imposta pelo Estatuto da Criança e Adolescente. Esta modalidade de adoção acontece quando a família biológica ou um deles, ou ainda seu representante legal, por se encontrar sem condições de criar/manter em seu poder familiar o

^{1*} Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Necessio Adriano Santos

seu ente (menor), escolhe para este uma família substituta, por critérios de afinidade. Na maioria dos casos em que isto acontece, a criança é entregue, geralmente, a pessoas de sua confiança, tais como sua vizinha, seu empregador, ou alguém que acreditam possuir condições de proporcionar uma vida digna ao infante, condições essas, que sabem que são incapazes de ofertar.

A família substituta ficará com a guarda de fato do infante, enquanto aguardará o momento de procurar o poder judiciário para assim, tentar regulamentar a situação. Todavia, para que o magistrado possa conceder a adoção nessas condições, serão analisados os vínculos de afetividade e afinidade, bem como o tempo de convivência com a criança.

Ocorre que, quando esse procedimento é descoberto antes da tentativa de regularização por parte desta família, será realizada a busca e apreensão da criança, sendo esta retirada da família substituta e colocada em instituições credenciadas. Durante o período de dois anos serão feitas as buscas por sua família de origem, a chamada família extensa, na tentativa da reinserção deste menor ao lar. Em regra, esta tentativa de reinserção é quase impossível de acontecer, e é só então neste momento que o Ministério Público interfere, e requer a ação de extinção do poder familiar. No entanto, somente após o trânsito em julgado da ação é que é feita a inscrição do infante no Cadastro Nacional de Adoção.

O infortúnio surge da realidade fática, onde a genitora optou por apenas entregar sua prole a alguém conhecido. A referida situação não é modalidade de adoção tutelada pelas leis brasileiras, visto que se faz necessário a entrega do infante aos órgãos públicos e encaminhada à adoção como disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A discussão travada pela doutrina reside na possibilidade ou não de se viabilizar uma adoção irregular, uma vez que advém da guarda de fato, já que os pais biológicos do infante entregaram-na nos cuidados de terceiros, à margem do controle do Poder Público. De um lado, pede-se o respeito ao Cadastro Nacional de Adoção e a obediência a ordem dos adotantes inscritos. Por outro lado, chama-se atenção o fato de que a concessão da adoção *intuitu personae* é uma forma de dar mais celeridade ao processo adotivo e melhor amparar os interesses do adotando, diminuindo o impacto causado pelo grande número de crianças e adolescentes que esperam uma família substituta.

A escolha do tema deste trabalho se deu quando uma colega mencionou que sua tia, não podendo mais engravidar, resolveu que iria adotar, seguindo então o trâmite necessário para tal, fazendo a habilitação no Cadastro Nacional de Adoção. No entanto, com o transcurso

do tempo, nada acontecia, o processo não andava. Diante desta situação e indagando o porquê da demora do processo de adoção, resolvi estudar sobre tema e me deparei com uma imensa burocracia, um sistema judiciário falho, entre outras problemáticas. Essa vivência despertou a vontade de entender a conjuntura do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, desde a situação irregular à doutrina da proteção integral, escolhendo a adoção como o ponto de chave deste estudo, tendo como foco uma modalidade de adoção polêmica, que é, a adoção *intuitu personae*.

Dessa forma, a presente pesquisa tem a finalidade de analisar de forma imparcial a possibilidade da legitimação da adoção *intuitu personae* em nosso ordenamento jurídico, expondo os argumentos favoráveis e desfavoráveis a tal legitimação, mostrando o posicionamento da doutrina e os fundamentos jurídicos em tese de defesa.

Por fim, será abordada a posição da jurisprudência, que por meio de alguns casos concretos, visam demonstrar como o STJ vem observando e decidindo os pedidos de homologação de adoções *intuitu personae*, em contraposição ao questionamento das partes, ou terceiros interessados, alegando desobediência ao cadastro nacional de adotantes e adotandos.

2 ADOÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, TIPOLOGIA E PRINCÍPIOS

A adoção é uma forma de se obter a filiação, levando-se em consideração a capacidade de estabelecer entre adotado e o adotante laços de filiação legal, independentemente de laços sanguíneos, pois não há relação biológica, mas manifestação de vontade dos envolvidos, sobretudo do adotante, que dependerá ainda de sentença judicial. Maria Helena entende que adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha (DINIZ, 1996).

De acordo com Dias (2013), a vontade de amar e ser amado é o único motivo que liga o adotado ao adotante, e que a adoção nada mais é senão um vínculo criado entre os pais e os filhos adotivos, e assim, a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade.

Neste sentido, Maria Berenice defende em sua conceituação que a adoção não pode ser expressada apenas através de sua vontade para a realização do ato solene, e sim com o intuito de acolhimento entre a família adotante e o infante, enaltecendo a afetividade recíproca e os interesses da criança para promover sua dignidade de pessoa humana (DIAS, 2013).

No sistema normativo brasileiro, existem diversos doutrinadores civilistas que conceituam a adoção. Carlos Roberto Gonçalves define a adoção levando em consideração a sua natureza jurídica quando afirma, sob uma visão positivista, que adoção é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha (GONÇALVES, 2014).

À luz dos preceitos legais, compreende-se a adoção como ato jurídico solene e bilateral, por meio do qual se cria um novo laço de filiação entre adotado e adotante, dando-se por extinto o vínculo familiar entre adotado e sua família biológica. Demonstra-se um ato irrevogável e personalíssimo, como dispõe o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (BRASIL, 1990).

O instituto da adoção tem sua origem na mais remota antiguidade. Na bíblia-considerado o livro mais antigo de toda a história, no livro de êxodo, é narrada a história de Moisés, que foi encontrado ainda bebê em um cesto no Rio Nilo e adotado por Térmulus, filha do Faraó, é a mais conhecida adoção da antiguidade (MITIE, 2006)

2.1 Modalidades de Adoção

2.1.1 Adoção Internacional

A adoção internacional está regulamentada nos artigos 51 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente e nos princípios presentes no Decreto nº 3.087/1999, o qual ratificou a “Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional” que foi aprovada em Haia 17ª Seção da Conferência de Leis Privadas Internacionais de maio de 1993. Rizzardo (2012), esclarece que, o Código Civil não faz menção sobre esse tipo de adoção, assim são aplicáveis, de maneira geral, as disposições

deste como regras programáticas, já que não existem regras específicas sobre esta determinada modalidade.

Coelho (2011) menciona que a adoção pode ser nacional ou internacional, de acordo com o domicílio dos adotantes, caso se situe no Brasil ou no exterior. Portanto, o domicílio dos autores revela se a adoção será nacional ou internacional. Há uma ampla discussão quanto à adoção internacional, onde existe aqueles que se manifestam favoravelmente e outros contra. Aqueles que se manifestam contra se baseiam que se deve estimular a adoção nacional, reportando-se aos riscos de adoções irregulares e de tráfico de crianças, ademais, argumentam principalmente que tal modalidade fere o direito à identidade da criança, como por exemplo o direito ao nome e a nacionalidade. Opostamente, aqueles que apoiam a adoção internacional visam priorizar a vontade dos estrangeiros em proporcionar carinho e amparo aquelas crianças e adolescentes que deles necessitam.

Neste sentido, a posição de Coelho (2011) é no sentido de haver uma ordem de preferência para os casais nacionais, entendendo que, adoção internacional somente pode ser deferida após consulta aos cadastros de pessoas ou casais habilitados à adoção (da comarca, de Estado e nacional) e não se encontrar neles nenhum interessado em adotar aquela criança ou adolescente. Em outros termos, a lei manifesta sua preferência pela adoção nacional. Se esta for viável, não terá cabimento a adoção internacional.

Todavia, Rizzardo (2011) afirma que, os brasileiros que residem no exterior têm preferência para adotar crianças ou adolescentes que são brasileiros. A adoção internacional é muito complexa, pois exige a habilitação, por primeiro, em país de onde procede ao adotante. Ou seja, para os adotantes que são estrangeiros estarem habilitados a adotar um brasileiro, é previamente imprescindível que estes estejam habilitados perante a Autoridade Central que trata sobre a adoção internacional no respectivo país em que residem habitualmente. Em contrapartida, o autor comenta referente às adoções internacionais de pessoas estrangeiras por brasileiros, ou seja, onde os adotantes são brasileiros e o adotado é estrangeiro, devem-se respeitar também as regras gerais da adoção estabelecida no país.

2.1.2 Adoção Póstuma

Essa modalidade de adoção refere-se à adoção após a morte do adotante, já que evidenciado, enquanto vivo, o firme propósito que este tinha em adotar. No ordenamento

jurídico brasileiro, considera-se adoção póstuma aquela em que, antes de efetivada, que significa dizer, antes de prolatada a sentença constitutiva, falece o adotante, no curso do processo. Segundo Coêlho (2011), a lei exige que o adotante manifeste a vontade de adotar, sendo necessário o preenchimento dos requisitos trazidos por lei, para que de fato seja consumada a adoção. A legislação anterior que tratava do instituto da adoção não trazia amparo para esta modalidade de adoção, tendo em vista que o entendimento da época era de que não poderia ser deferida a adoção a quem não estivesse vivo, uma vez que a capacidade jurídica finda com a morte da pessoa natural. Doravante, em razão do falecimento o sujeito que pleiteia seu direito em processo de adoção, abre-se o incidente de habilitação, nos termos do Art. 1.060 do Código de Processo Civil vigente.

Em uma situação oposta, entende-se que o processo deveria ser extinto. Todavia, em relação ao processo de adoção, o direito é personalíssimo, indisponível e imprescritível, permanecendo o de cujus como titular da ação. Portanto, o processo irá transitar da mesma maneira, até a sentença definitiva, haja vista o requisito essencial para existir a adoção póstuma já ter sido concretizado no momento em que houve a manifestação da vontade de adotar pelo de cujus quando iniciou o trâmite processual. (COÊLHO,2011).

Este tipo de adoção está previsto no art. 42, §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que assim dispõe:

Art. 42. [...] §6º 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. (BRASIL, 1990).

Contudo, Rizzardo (2011) aponta que devem preexistir provas da relação socioafetiva antes da morte do adotante e o que tem interesse em ser adotado, afirmando que se faz necessário que já exista um tratamento de filho dado ao pretense adotado, pela assistência, dependência econômica, convivência familiar, servindo isso como evidência da vontade que detinha o adotante falecido em adotar.

2.1.3 Adoção *Intuitu Personae*

Também conhecida como adoção direta ou adoção em razão da pessoa. *Intuitu personae* é uma expressão que significa por ânimo pessoal, na conceituação trazida por Andréa Amin, caracteriza-se como a modalidade de adoção na qual os pais biológicos, ambos ou apenas um deles, ou ainda o representante legal da criança ou adolescente, indica de

maneira específica, sem a chancela do Poder Judiciário, a pessoa do adotante. Trata-se, portanto, de uma modalidade de adoção que “dispensa” a realização de habilitação junto ao Cadastro Nacional de Adoção e, por conseguinte, não atende aos parâmetros legais para o procedimento de adoção, sendo, por esta razão, também conhecida na doutrina como “adoção ilegal (AMIN, 2014).

No mesmo sentido, é mister destacar que a referida modalidade de adoção prioriza a satisfação do melhor interesse da criança e do adolescente, estando em consonância com a nova ótica do Direito de Família brasileiro, construída a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 12.010/2009. Essa forma de adoção facilita a realização e concretização da mesma e analisa o que é o mais sensato para o adotando, levando em consideração o princípio da afetividade, que tem como prioridade o melhor interesse da criança e do adolescente, averiguando o grau de aproximação entre todas as partes envolvidas na adoção, para que seja eficaz a convivência deles com a família substituta.

Coêlho (2011) afirma que, muitas vezes, essa espécie de adoção tem início na vida intrauterina do adotando, vez que é possível afirmar que a adoção não é consumada unicamente do ponto de vista jurídico, mas primordialmente do ponto de vista afetivo”.

A adoção dirigida está enraizada na estrutura jurídica e social brasileira, levando-se em consideração a sua prática costumeira. Portanto, Yan Oliveira expõe que o mesmo empenho conferido no acompanhamento das famílias previamente cadastradas poderia ser empregado para acompanhar, de forma temporária, as situações decorrentes da adoção direta, transformando a adoção *intuitu personae* em um procedimento positivado e concreto na garantia do melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Ante todo o exposto, Oliveira (2017) compreende-se que a adoção *intuitu personae* merece total observância para preparar a legislação a se modernizar e regulamentar essa forma eficaz de adoção, tendo em vista que a mesma, em algumas situações, é o melhor caminho a ser seguido para que o melhor para a criança e adolescente prevaleça.

2.2 Princípios Norteadores

2.2.1 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

A princípio, as crianças e adolescentes não eram protegidas por nenhuma legislação, ou seja, era permitido aos pais cometerem atrocidades das mais variadas formas, por

desobediência. Porém, nos séculos XVI e XVII, começou a se pensar timidamente em proteger a criança, mas, com algumas ressalvas.

Alberton (2005), lembra que os primeiros vestígios a respeito do sentimento da infância ocorreram no final do século XVI e, sobretudo, no século XVII, no entanto de uma forma tênue e desastrosa. A criança pequena era tratada como o centro de todas as atenções e tudo lhe era permitido. Contudo, por volta dos sete anos de idade, ela passava a ser cobrada por meio de uma postura diferenciada, com as responsabilidades e deveres de uma pessoa adulta.

Apenas no século XIX, quando nesta mesma época a igreja era predominante e tratava crianças como “coisa”, foi que os estudiosos passaram a investigar esse tratamento e conseguiram um explícito entendimento que a criança precisava de feto, educação, dentre outros, sendo assim, finalmente considerada como indivíduo da família.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente foi estabelecido pela Carta Constitucional de 1988, objetivando dar efetividade à norma superior, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Mediante a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, adotada pela ONU em 1959, os infantes foram finalmente reconhecidos como sujeito de direitos, necessitando de cuidados especiais. O documento estabelecia a proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; proteção contra negligência e crueldade; educação gratuita e proteção contra a discriminação.

Admitindo a necessidade de atualização da Declaração, no ano de 1979, a ONU montou um grupo de trabalho responsável pela preparação da Convenção dos Direitos das Crianças, aprovada em 1989. Amin (2014) evidencia os alguns vetores da Convenção, a principal visão constatada é a de que se inicia uma proteção integral à criança, fundada em alguns fatores. Na análise da autora, após a Convenção dos Direitos das Crianças entrar em vigor, surgem diversas políticas a fim de garantir direitos que outrora não existiam, como o reconhecimento da peculiar condição de criança e jovem como pessoa e desenvolvimento, titular de proteção especial, crianças e jovens têm o direito à convivências familiar, as Nações subscritores obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com propriedade.

2.2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na visão de Silva (ano) tem origem no instituto do *parens patriae*, o qual era utilizado como uma prerrogativa do Rei e da Coroa inglesa a fim de proteger quem não poderia fazê-lo por conta própria.

Silva (2000), lembra, que a responsabilidade de guarda dos incapazes e de suas eventuais propriedades, inicialmente cabia à Coroa, sendo a partir do século XIV delegado às Cortes de Chancelaria, as quais assumiram o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses.

No Brasil, tal princípio fora incluído no sistema jurídico a partir do Decreto n. 99.710/1990, que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança das Organizações das Nações Unidas do ano de 1989 (BRASIL, 1990). Este princípio foi introduzido em nosso sistema jurídico, através da Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, quando trata da criança e o adolescente com prioridade absoluta em todos os aspectos sociais e interesses, como nos mostra o *caput* do referido artigo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (BRASIL, 1990).

Sendo recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi posteriormente regulamentado pelo decreto Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e foi através deste instituto que, no Brasil, o direito infanto-juvenil tornou-se mais amplo, resguardando todo e qualquer direito do menor, figura protegida por este código. O art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente o consagra ao prever que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando. Sob este prisma, o Superior Tribunal de Justiça adota o melhor interesse do menor como norteador de decisões sobre a permanência da criança em sua família natural ou sua colocação em família substituta. (BRASIL, 1990).

Neste toar, o Informativo nº 477 do Superior Tribunal de Justiça entende que, quando ocorre a adoção, e a criança ou adolescente passa a conviver com sua família socioafetiva, esse vínculo é tão valioso quanto se consanguíneo fosse. A decisão do relator deste julgamento se manteve no sentido de preservar todos os sentimentos da jovem, na garantia de que esta não sofreria danos psicológicos, bem como com a readaptação em um “novo” lar,

visto que a família que a adotou é a que ela convive e conhece, desde seu nascimento até sua idade atual. (BRASIL, 2011).

Então, baseando-se no princípio do melhor interesse da criança, a decisão manteve a infante no seio do seu lar socioafetivo, alegando não haver sobreposição aos parentes biológicos, em que pese estar levando em consideração todo sofrimento em relação ao sentimento da mãe biológica, e ainda reconhecendo todos os seus direitos. Todavia, acredita que a decisão deve basear-se no melhor para a criança, e o que a genitora alega não é o suficiente para fragmentar a única família de fato que a criança conhece, na qual convive desde a tenra idade; se ocorresse a separação, seria afastar a criança de suas únicas referências de amor, solidariedade, conforto e autoridade (BRASIL, 2011)

2.2.3 Do Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade no âmbito familiar, segundo Lôbo (2003), encontram embasamento no princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e se relaciona com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família expressa à passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade.

Neste sentido, uma análise fática da evolução da sociedade, entende-se que a família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um processo moroso no decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. Conforme ocorre a modernização, o espaço existente entre a subjetividade e à afetividade alarga-se e verticaliza-se cada vez mais, chegando ao ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais (CALDERÓN, 2013).

Tartuce afirma que o afeto possui valor jurídico ou, ainda, status de princípio geral. O vínculo afetivo passou a igualar-se às relações com os parentes biológicos. O Direito tenta acompanhar a evolução social e, no âmbito familiar, há uma obrigação dos pais em relação ao filho menor, a eles cabe o dever de cuidar, e não o fazendo, é possível incorrer em crime por abandono afetivo, decorrente do princípio da afetividade. A decisão do Superior Tribunal

de Justiça mudou em relação a este tema. O STJ entendia que não cabia reparação civil aos danos causados pelo abandono afetivo. No Recurso Especial (REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi), o STJ reconhece a responsabilização civil aos parentes consanguíneos que praticam o abandono afetivo (TERTUCE, 2012).

Diante deste atual entendimento do STJ, Bordalho (2011), entende a afetividade, como princípio jurídico, que não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações, sendo assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destas em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. o autor assegura que o princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência.

Lôbo (2011) afirma, que a doutrina considera que o princípio da afetividade é aquele que insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações sócio afetivas e de comunhão de vida, com primazia de elemento anímico sobre aspectos de ordem patrimonial ou biológica. Como visto, a família resgatou a função que, nos idos do direito romano, se reconhecia na família matrimonial, a saber, a de grupo unido pelo desejo e por laços de afeto, em comunhão plena de vida. Nesse ínterim, simultaneamente surge tanto o desejo quanto o direito de regularização da situação fática da adoção.

A imprecisão versa sobre a possibilidade ou não de os pais afetivos adotarem legalmente essa criança, mesmo que o requisito da habilitação no cadastro de adotantes não seja cumprido, desconsiderando a ordem preconizada no cadastro de adotantes. Tal situação gera a problemática em torno do fato de que os pais biológicos indicam os pais adotivos do filho entregue em adoção.

3 DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

3.1 Distinção entre Adoção *Intuitu Personae* e Adoção “à Brasileira”

Torna-se imprescindível a abordagem acerca da existência da adoção à brasileira, que diverge da adoção dirigida ou *intuitu personae*, sendo duas modalidades de adoção completamente distintas e com “ânimo” de sua consumação diverso (MITIE, 2006).

A adoção à brasileira é um fato usual na cultura brasileira: registrar como seu filho de outrem. Esta modalidade ocorre quando se assume a paternidade ou maternidade do infante sem haver o devido processo legal, e sim decorrente do resultado do reconhecimento de um estado de fato já existente (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Portanto, com a solidificação dos vínculos afetivos resultantes da adoção à brasileira, verifica-se o seu caráter irrevogável, tornando legal uma situação fática gerada de uma ilegalidade. Essa relação se solidificou de tal maneira que chega ao ponto de não se admitir, posteriormente, a pretensão de anular o registro de nascimento do infante (DIAS, 2007).

Todavia, é mister salientar que tal prática é inteiramente antijurídica, vez que é considerada crime contra o estado de filiação, de acordo com o que dispõe o artigo 242 do Código Penal, o qual expõe a seguinte redação:

Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena- reclusão de dois a seis anos. Parágrafo único: Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena- Detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (BRASIL, 2002).

Entretanto, mesmo sendo a conduta tida como crime com previsão no código penal, o poder judiciário vem concedendo o perdão judicial para indivíduos que registram filho de outrem como próprio. A fundamentação utilizada é a sobreposição do afeto em relação à âmbito criminal, levando em consideração também o princípio do melhor interesse da criança. Nesse contexto, existem alguns julgados do Tribunal de Justiça de Goiás que ratifica a existência de casos em que há uma motivação nobre para a prática inicialmente ilícita, como por exemplo, oferta de amparo necessário para desenvolvimento da criança, em situações em que a mãe biológica manifesta-se no sentido de não ter condições de criar o seu rebento, como por exemplo, a apelação criminal 04022355720148090065.

A decisão versa sobre a hipótese de não cabimento do artigo 242, parágrafo único, do código penal, uma vez verificando-se que houve por parte da genitora a entrega voluntária da criança:

{APELAÇÃO CRIMINA. CRIME PREVISTO NO ART. 242 CAPUT DO CP. REGISTRAR COMO SEU FILHO DE OUTREM. CONCURSO DE PESSOAS. PERDÃO JUDICIAL. CONSTATAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NOBRE E ALTRUISTA...} (TJ-GO - APR: 04022355720148090065, Relator: DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, Data de Julgamento: 28/01/2020, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ de 28/01/2020)

Em tempo, não sendo constatada a motivação nobre da conduta, a Corte Estadual de Santa Catarina, não vem aplicado o perdão judicial, não devendo ser instituído um critério inalterável para o consentimento ou não da regra trazida pelo artigo 242, parágrafo único, do Código Penal. Com base no caso concreto, a fim de garantir a correta aplicação da norma, o mesmo Tribunal supramencionado, que concedeu o perdão judicial, negou provimento do recurso da apelação criminal, restando caracterizado o ato ilícito praticado pelos adotantes:

{APELAÇÃO CRIMINAL. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA" (CP, ART. 242, CAPUT). PERDÃO JUDICIAL. ISENÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA NÃO EVIDENCIADO...} (TJ – SC – APR: 20110811146 SC 2011.081114-6 (Acórdão). Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Data de Julgamento 12/09/2012. Quarta Câmara. (BRASIL, 2012).

3.2 Viabilidade da Adoção *Intuitu Personae*

A possibilidade de legitimação da adoção *intuitu personae* é um tema muito controvertido, tema de grandes discussões doutrinárias. No entanto a adoção pronta não está afastada do nosso ordenamento jurídico. Não é proibida. Diferente disso, o artigo 50, § 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei nº 12.010/2009, traz de forma excepcional três possibilidades da adoção dirigida a ser deferida, quais sejam:

Art. 50, § 13 somente poderá ser deferida a adoção em favor do candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I- se tratar de pedido de adoção unilateral; II- se 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 a guarda legal da criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso temporal 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. (BRASIL, 1990).

Nessas hipóteses e dentro dessas circunstâncias, é dispensada a habilitação no Cadastro Nacional de Adoção - CNA, o que não ocorre é a dispensa dos requisitos à adoção, descritos no §14, artigo 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Dessa forma, é afastado qualquer tipo de irregularidade ou ilegalidade do conceito da adoção pronta, tendo em vista a possibilidade jurídica dela.

Nesse sentido, Dias (2013), entende que nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem quer que seja os pais de seu filho. Maria Berenice entende que a genitora tem liberdade para escolher se a “mãe” será sua a empregadora, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma boa condição financeira ou que se acredita que dará amor à criança, ou até mesmo uma formação de caráter que a mãe acha que será melhor 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 há porque negar o direito de escolha a quem o fizer através do instituto da adoção.

3.3 O Grande Problema da Adoção no Brasil

Voltando os olhos a luz do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constata-se que no Brasil existem 37,3 mil candidatos à adoção cadastrados, ao passo que existem 4,8 mil crianças e adolescentes que aguardam pela família substituta. Na teoria, para cada uma dessas crianças existe oito família substituta pretendentes.

De acordo com o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas, cerca de quatro mil entidades acolhedoras, abrigam o número de 46.926 crianças e adolescentes em todo o país. Em Sergipe, esse número chega a 450 famílias substitutas para 25 crianças. Trazendo esse número para uma realidade mais próxima em Aracaju, de acordo com a Prefeitura Municipal existem 68 meninos e meninas entre 0 e 18 anos que se encontram institucionalizados nos abrigos, estando apenas 10 aptos para adoção, ou seja, inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. (CNJ, 2019).

O problema não está tão somente na adoção *Intuitu Personae*, mas como no processo de adoção de modo geral. Segundo o Juiz de direito da Vara da infância e da juventude de Cascavel, no Paraná, todo o problema gira em torno do modo como o Estado e a sociedade de maneira geral vê a adoção, a situação das crianças que são afastadas de suas famílias biológicas. Não existe a menor preocupação com a celeridade, com as medidas concretas que permitam a rápida reintegração familiar, ou até mesmo, a colocação do infante em família substituta. (KREUZ, 2012).

Muitos são os empecilhos que explicam o porquê de toda a problemática. A deficiência na estrutura cartorária, bem como a falta de técnicos especializados, a dificuldade de operacionalismo do Cadastro, e como se não bastasse tudo isso, ainda existe a demora na destituição e extinção do poder familiar, procedimento que é essencial para a concessão da adoção. Portanto, é difícil apontar um único responsável por toda essa ineficiência. No

entendimento da Presidente da Comissão de Adoção do Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), O poder judiciário vai ser sempre o culpado, tendo em vista o descumprimento dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta dos interesses da criança e do adolescente, conferida pela nossa Carta Magna, em seu artigo 227. (IBDFAM, 2017).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou trazer questões acerca da a viabilidade da adoção *intuitu personae*, dentre as modalidades de adoção lícitas, muito embora ainda não disciplinada em nosso ordenamento jurídico. Ainda nesta obra, foram abordados pontos de divergência doutrinário e jurisprudencial acerca do tema aqui exposto, as decisões dos tribunais e os princípios aplicados para que se defira ou não a adoção dirigida.

Foi demonstrado como se dá todo o processo de adoção dirigida, desde a entrega do infante a família substituta até a busca e apreensão deste e consequente colocação em estabelecimento estatal. Esclareceu um dos motivos da demora de todo o processo de destituição e extinção do poder familiar, qual seja, a tentativa de reinserção da criança na família de origem, ou seja, a procura pela família extensa.

Apontou as principais críticas que envolvem a adoção pronta, a possibilidade de os pais escolherem a quem dar seu rebento, a obrigatoriedade da inscrição no Cadastro Nacional de Adoção e o respeito a ordem cronológica no cadastro. Trouxe as principais críticas referentes à falta de previsibilidade legal a respeito dessa modalidade de adoção e por ser comumente confundida com a à brasileira.

Buscando demonstrar um apanhado geral, indicando que o problema não está somente na adoção *Intuitu Personae* que não está disciplinada em nosso ordenamento jurídico e sim na adoção de modo geral, abarcando todas as suas modalidades já legalizadas. Trazendo à baila uma conta que não fecha, que é o número gigante de pretendentes à adoção inscritos no Cadastro Nacional de Adotantes e a quantidade de crianças abrigadas, o porquê de tanta morosidade.

Por fim, não subsiste justificativa aceitável para que milhares de crianças e adolescentes brasileiros tenham seu direito à felicidade, ao afeto, a fazer parte de uma família, cerceado em razão da estrita legalidade.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Mariza Silveira. **Violação da infância:** crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam! Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BRASIL, Jurisprudência do Superior tribunal de Justiça n. 0477: **Adoção. Retratação. Anuência. Genitora.** Associação Notários e Registradores do Brasil. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2011/06/30/jurisprudencia-adocao-retratacao-anuencia-genitora/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados** n. 1917, de 2011. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, incluindo parágrafos em seu artigo 13, reenumerando o artigo único, referente à entrega de filhos para adoção. Brasília. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 08 abr. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CNJ. **Cadastro Nacional de Adoção:** guia do usuário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-adocao/guia-usuario-adocao.pdf> Acesso em: 29 mar. 2020.

COÊLHO, Bruna Fernandes. **Adoção à luz do código civil de 1916.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jan. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=17617&ver=845> Acesso em: 20 abr. 2020.

COÊLHO, Bruna Fernandes. O reconhecimento da adoção de fato após a morte do adotante. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 132, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil:** família, sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias.** 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-130/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-como-fundamento-para-o-reconhecimento-da-paternidade-socioafetiva/>. Acesso em: 09 abril 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Adoção à Brasileira**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/adocao-a-brasileira>. Acesso em: 08 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GOIÁS. **Tribunal de Justiça de Goiás**. Apelação Criminal n. 04022355720148090065. Relator: Des. Nicomedes Domingos Borges. Diário de Justiça eletrônico. Goiânia, 2020.

<https://www.aracaju.se.gov.br/index.php?act=leitura&codigo=72000>. Acesso em: 29 mar. 2020.

IBDFAM, Revista. **Crianças Invisíveis**. Edição 31. 2017.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: Direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Famílias**. São Paulo. Saraiva. 2011.

LÔBO, Paulo. Princípio da Afetividade. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-130/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/> Acesso em: 29 mar. 2020.

MITIE, Suely. **Adoção Intuitu Personae**. Pontifícia universidade católica. São Paulo, 2006. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7006/1/Tese%20Suely%20Mitie%20Kusano.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

OLIVEIRA, Yan. **A efetivação do melhor interesse do menor na adoção consensual "intuitu personae" contra as distorções fáticas trazidas pela Lei 12.010/09**. Jus Brasil, 03 outubro 2017. Disponível em: <https://yaanoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/505768156/a-efetivacao-do-melhor-interesse-do-menor-na-adocao-consensual-intuitu-personae-contras-distorcoes-faticas-trazidas-pela-lei-12010-09?ref=serp>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p.15.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACAJU. **Crianças esperam por adoção em abrigos e casas lares de Aracaju**. Disponível em:

<https://www.aracaju.se.gov.br/index.php?act=leitura&codigo=72000> Acesso em: 06 abr. 2020.

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

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Criminal n. 2012.001056-5, de Itapema. Relatora: Des. Roberto Lucas Pacheco. Diário de Justiça Eletrônico. Florianópolis, 2012.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, 2012.