



REVISTA INTERDISCIPLINAR ENCONTRO DAS CIÊNCIAS
V.1, N.2, 2018

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO *INTUITO PERSONAE* A LUZ DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

EINE KURZE ANALYSE DER INTUITIVEN ANNAHME UNTER DAS LICHT DER
ANWENDUNG DES PRINZIPS DES BESTEN KINDESINTERESSES

Jussara da Cunha Lima Santos¹ | Miguel Ângelo Silva de Melo²

RESUMO

A adoção *intuitio personae* é a modalidade prevista na doutrina e reconhecida pela jurisprudência em que a família biológica foge à regra geral do cadastro de adoção, e escolhe por afinidade a quem entregar seu filho para posterior processo de legalização. Não existe previsão legal e não há vedação expressa. No entanto, a Lei nº 12.010/09 estabeleceu três situações em que poderá ser deferida a adoção sem prévio cadastro, porém as hipóteses não consideram a realidade brasileira sobre o instituto. O objetivo do presente estudo foi analisar, criticamente, através da revisão de literatura, a aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança, que deve ser utilizado em todas as situações que envolvam a proteção integral dos direitos deste, na adoção *intuitio personae*. Para isso, de forma exploratória, foi utilizada a pesquisa bibliográfica ao examinar doutrinas, artigos e a legislação protecionista da criança e do adolescente no Brasil. Concluiu-se que a obediência do cadastro não é absoluta, excepcionando-se tal regramento em razão da prevalência do Melhor Interesse da Criança, utilizando como critério para as decisões o vínculo de afetividade estabelecido entre a criança e os pretendentes adotantes.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção. *Intuitio Personae*. Princípio do Melhor interesse da Criança. Afetividade.

ZUSAMMENFASSUNG

Adoption personae intuitio ist die in der Doktrin vorgesehene und von der Rechtsprechung anerkannte Form, in der die biologische Familie der allgemeinen Regel der Adoptionsregistrierung entgeht und nach Affinität auswählt, an wen sie ihr Kind für den späteren Legalisierungsprozess liefern soll. Es gibt keine gesetzliche Bestimmung und es gibt kein ausdrückliches Verbot. Das Gesetz Nr. 12.010 / 09 legt jedoch drei Situationen fest, in denen die Adoption ohne vorherige Registrierung aufgeschoben werden könnte, aber die Hypothesen berücksichtigen nicht die brasilianische Realität des Instituts. Der Zweck der vorliegenden Studie war es, die Anwendung des Grundsatzes der besten Interessen des Kindes kritisch zu überprüfen, der in allen Situationen, die den vollen Schutz der Rechte des Kindes betreffen, in der Annahme eines persönlichen Zwecks verwendet werden sollte. Zu diesem Zweck wurde die bibliographische Forschung explorativ genutzt, um Doktrinen, Artikel und die protektionistische Gesetzgebung des Kindes und Jugendlichen in Brasilien zu untersuchen. Es wurde der Schluss gezogen, dass die Einhaltung des Registers nicht absolut ist, mit Ausnahme einer solchen Regel, die auf dem Vorherrschen des besten Interesses des Kindes beruht, wobei als Kriterium für die Entscheidungen das zwischen dem Kind und den mutmaßlichen Adoptierenden bestehende Band der Zuneigung verwendet wird.

SCHLÜSSELWÖRTER

Adoption Intuitio Personae. Grundsatz des Wohles des Kindes Affektivität.

INTRODUÇÃO

A adoção *intuitu personae* é uma modalidade prevista na doutrina jurídica e reconhecida pelo judiciário brasileiro, em que a família biológica foge a regra geral do Cadastro Nacional de Adoção imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e escolhe por critério de afinidade a quem entregar o seu filho em adoção. Nesses termos, a família natural entrega a criança à família substituta que ficará apenas com a guarda de fato do menor, cabendo a família adotante procurar em momento posterior à Vara de Infância e Juventude para pleitear a regularização da situação por meio da adoção legal.

Trata-se de um tema de relevante interesse social e jurídico, pois reflete a realidade brasileira, em que costumeiramente as pessoas entregam seus filhos a outrem na intenção de proporcioná-la uma vida digna que suas condições sociais, econômica e afetiva não são capazes de proporcionar. Contudo, a adoção no ordenamento jurídico brasileiro deve proceder por meio judicial. Não existe previsão legal para o instituto, no entanto, também não há vedação expressa. Porém, entrou em vigor a Lei nº 12.010/09, conhecida como Lei da Adoção, que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo apenas três hipóteses que permitem a adoção sem estar habilitado previamente no referido cadastro. Contudo, nenhuma das hipóteses elencadas preveem a possibilidade para quem possui apenas a guarda de fato.

O objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança no instituto da adoção *intuitu personae*. O que ocorrerá por meio de análises do referencial teórico elegido e de artigos jurídicos referentes a temática, bem como estudo da legislação protecionista da criança e do adolescente, e por fim, a análise de jurisprudências de alguns Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça. Por ser uma prática costumeira no nosso país, é necessário um estudo sobre o tema, e analisar como ele vem sendo abordado no ordenamento jurídico após as modificações estabelecidas pela Lei da Adoção, pois a finalidade da norma legal é regular as relações considerando a realidade social para a promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas, as quais basearam-se na revisão de literatura sobre o tema, examinando as doutrinas com ênfase no Estatuto da Criança e do adolescente e no Direito de Família, leitura de artigos jurídicos e análise da legislação regente.

DESENVOLVIMENTO

O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SEUS ASPECTOS

O conceito de adoção sofreu várias modificações ao longo do tempo, pois sua definição se dava de acordo com os costumes e tradições da sociedade da época de sua conceituação. O termo é de origem latina, e significa escolher, adotar. Dessa forma apesar das transformações sociais e da evolução do instituto, a sua essência permanece arraigada na sua origem, como indica Augusto Bordallo (2015), no seu entendimento:

Todos os conceitos, [...] por mais diversos, confluem para um ponto comum: a criação do vínculo jurídico de filiação. Ninguém discorda, portanto, de que a adoção confere a alguém estado de filho. A esta modalidade de filiação dá-se o nome de parentesco civil, pois desvinculado do laço de consanguinidade, sendo parentesco constituído pela lei, que cria uma nova situação jurídica, uma nova relação de filiação (BORDALLO, 2015 p.291).

No ordenamento Jurídico Brasileiro, vários são os doutrinadores civilistas – Paulo Nader (2015), Silvio Rodrigues (2004), Berenice Dias (2013), Carlos Roberto Gonçalves (2015), que conceituam o instituto. No entanto, destacaremos alguns que por seu posicionamento nos chamaram atenção, a saber: Roberto Gonçalves (2015), define a adoção considerando 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” (2015, p. 384). Considerando a característica de que a adoção deve ser um ato personalíssimo, o que exige livre expressão de vontade em efetiva-la, percebe-se implicitamente que o ato de adotar surge de um desejo íntimo da pessoa em trazer para sua família alguém que ela deseja ter como filho, demonstrando afeto antes mesmo de conhece-la, assim como, na filiação biológica. Assim conceitua Berenice Dias (2013):

A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. [...] A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado (DIAS, 2013, p. 497-498).

A autora supracitada defende em sua definição que a adoção não deve ser expressada através de sua vontade apenas para a realização de um ato solene, e sim com o intuito de acolhimento entre a família adotante e a criança, exaltando a afetividade mútua e os interesses da criança para promover sua dignidade de pessoa humana. A adoção surgiu na antiguidade, ou seja, trata-se de uma prática que possui mais de dois mil anos na história. Especificamente o primeiro documento a se ter conhecimento sobre sua menção foi o Código de Hamurabi, datado por volta do século XVIII a.C. Sua finalidade era cumprir um papel de caráter religioso no sentido de perpetuar a descendência e preservar a cultuação de uma família. Essa ideia adquiriu também um caráter político, pois, a adoção era permitida para quem tivesse dificuldade ou não pudesse procriar sendo uma forma de estender seu patrimônio e evitar a extinção familiar (CUNHA,

2011). A Bíblia Sagrada também relata casos de adoção, o mais conhecido é o de Moisés que foi encontrado e criado por quem lhe era estranho como afirma Augusto Bordallo (2015) quando diz “Ainda na Bíblia, não podemos nos esquecer da história de Moisés, que, largado por sua mãe em um cesto dentro do rio, foi encontrado pela filha do faraó e por ela adotado” (2015, p. 283).

O direito Romano foi o que mais se destacou na antiguidade ao disciplinar o instituto em seu ordenamento jurídico, pois além de permitir que o cidadão adotasse, os efeitos da adoção poderiam transformar a condição de plebeu do adotado, e ser uma forma de transferência de mão de obra inutilizada de uma família para outra, como afirma Bordallo (2015) “Os romanos, além da função religiosa, davam à adoção papel de natureza familiar, política e econômica” (IBID., 2015 p. 283). Durante a Idade Média a adoção praticamente desapareceu, pois, a época relata a exaltação da religião, e o instituto conflitava com os interesses que imperavam naquele período, retornando somente no direito moderno através do influente Código de Napoleão. Sendo assim a maioria das conquistas efetivadas no período medieval, resumiram-se apenas a adoção como forma de praticar a caridade. Assim nos ensina Augusto Bordallo (2015):

Sua existência foi ameaçada durante o período da Idade Média, pois as regras da adoção iam de encontro aos interesses reinantes naquele período, já que se a pessoa morresse sem herdeiros seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou pela igreja. Foi nesta época escassamente praticada, sendo utilizada como um instrumento cristão de paternidade e proteção, e quase nenhum direito era conferido ao adotado (IBID., 2015, p. 284).

No Brasil, a possibilidade da adoção sempre foi prevista em lei. A princípio, fora introduzida pelas Ordenações Imperiais que predominaram após a independência do Brasil Colônia, e utilizava-se o direito romano para preencher possíveis lacunas. No entanto apenas o Código Civil de 1916 regulamentou o instituto como nos diz Carlos Gonçalves:

O código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhe negara. Por essa razão, a adoção só era permitida aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, pressupondo-se que, nessa idade, era grande a probabilidade de não virem a tê-la (GONÇALVES, 2015, p. 387).

Embora o código civil seja a primeira legislação destinada a disciplinar a adoção, mesmo após as inúmeras evoluções já vistas na história, ainda estava muito limitada aos interesses dos adotantes, pois ainda não visava o melhor interesse da criança. Apenas com a entrada em vigor da Lei n. 3. 133/57 - que atualizou a adoção no Código Civil -, é que se foi dada uma atenção aos interesses dos adotados. Tendo em vista que esta diminuiu a idade mínima permitida para adotar e possibilitou a adoção mesmo se já houvessem filhos no casamento. Muito embora, ainda não equiparava para fins sucessórios os filhos adotados e os legítimos, pois nessa época não se

desfazia o vínculo com a família biológica após a adoção. A Lei n. 4. 655/65 trouxe como forma de proteger o menor abandonado, a legitimação adotiva, que desligava os vínculos da criança com sua família natural. O Código de Menores, Lei n. 6. 697/79, revogou a legitimação adotiva, porém permaneceu com a visão de proporcionar a integração plena da criança na nova família como nos afirma Augusto Bordallo:

Com o advento do código de Menores (Lei n. 6.697/79), ficaram estabelecidas em nosso sistema legal a adoção simples e a adoção plena. [...] adoção plena era aplicada aos menores de 7 anos de idade, mediante procedimento judicial, tendo caráter assistencial, vindo a substituir a figura da legitimação adotiva. A adoção plena conferia ao adotado a situação de filho, desligando-o totalmente da família biológica (BORDALLO, 2015, p. 286).

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao instituto a garantia da Proteção Integral à criança e o adolescente. Porém, somente com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA -, Lei n. 8. 069/90, a adoção passou por nova regulamentação, indicada para todos os menores de 18 anos, e a regulamentação do Código Civil ficou restrita para os maiores. Como nos ensina Bordallo ao insistir na defesa de que apenas com “[...] o advento do Código Civil de 2002 passamos a ter um regime jurídico único para adoção: o judicial” (2015, p. 286). Sendo assim, toda e qualquer adoção independentemente da idade do adotante deverá ser realizada por procedimento judicial. No entanto, a Lei n. 12.010/09 revogou todo o capítulo do Código Civil que disciplinava a adoção, restando lhe apenas os artigos que indicam a competência do ECA para dispor sobre o instituto.

REQUISITOS PARA ADOÇÃO

A adoção deve acontecer por meio judicial através de sentença na vara da infância e juventude. Sendo assim, a legislação prevê as hipóteses em que serão possíveis postular em juízo, indicando os requisitos necessários que deverão ser preenchidos pelos pretensos adotantes. Como já vimos na seção sobre a evolução histórica do instituto, somente o Estatuto da Criança e do Adolescente é competente para regular a adoção, portanto é ele quem especifica as regras a serem seguidas, como bem referenda Carlos Gonçalves ao indicar seus principais requisitos:

Os principais *requisitos* exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a adoção são: 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 mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art.43) (IBID., 2015, p. 407).

Se faz necessário complementar as informações acima, em relação ao consentimento dos pais ou representante, sua previsão legal está no art. 45 do ECA, e será possível sua dispensa se os pais forem desconhecidos ou se houver acontecido destituição do poder familiar. Quanto a previsão legal que foi dada pelo autor acima, em relação a concordância do menor de 12 anos, está incorreta, pois a sua previsão está no art. 45 §2º do mesmo dispositivo. Além desses artigos elencados existe a Lei 12.010/09, conhecida como Lei Nacional de Adoção, que prevê algumas alterações no Estatuto que visam promover a agilidade no procedimento de adoção, essa modificação é criticada pela doutrina de Berenice Dias (2013):

[...] a Lei 12.010/09 – chamada de Lei Nacional da Adoção ou Lei da Adoção – não faz jus ao nome, pois só veio dificultar o processo de adoção. De forma injustificável dá preferência à família biológica, o que leva o Judiciário a despender muito tempo buscando encontrar algum parente que os deseje (DIAS, 2013, p. 515).

Ora, se é uma Lei que visa promover a adoção, deveria não dar tanta preferência a família biológica, pois assim, dá a impressão que a adoção é a última alternativa para o bem-estar da criança, e na maioria das vezes, é o meio mais adequado. Outro requisito é o Cadastro Nacional de Adoção de Crianças e Adolescentes, e é por meio dele que as crianças disponíveis para adoção são identificadas com todas as características de idade, raça, doenças ou deficiências, se há irmãos, e o seu estado de origem. Paralelo ao cadastro das crianças existe o cadastro dos pretendentes, com todas as características e suas preferências em relação as crianças. Assim nos afirma Berenice Dias (2013, p. 517): “Determina o ECA que cada comarca ou foro regional mantenha um duplo registro: um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de candidatos à adoção (ECA 50). [...] Além das listagens locais, existem os cadastros estaduais e um cadastro nacional (ECA 50 § 5º)”.

Ao analisar todas as exigências para efetivar a adoção, percebemos claramente que é um procedimento complexo, de difícil acesso e burocrático, principalmente quando consideramos a condição social da maioria dos brasileiros.

MODALIDADES DE ADOÇÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A adoção é o gênero, composta por algumas espécies. De modo que, existem espécies que se diferenciam, geralmente pelos requisitos próprios para sua postulação ou pelas características exigidas por quem a postula. No entanto, percebe-se que todas as possíveis modalidades têm uma coisa em comum, o fato de que elas só podem ser efetivadas a partir da propositura formal judicial, como veremos a seguir:

Adoção bilateral

A doutrina reconhece que a adoção surgiu com a finalidade de dar às pessoas que não podem gerar filhos a oportunidade de tê-los, tendo em vista que em sua previsão legal encontramos, na contemporaneidade amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). De modo que, o ECA especifica que este tipo de adoção só poderá ocorrer se os adotantes forem pessoas casadas ou se mantiverem união estável com estabilidade comprovada. A este respeito complementa Augusto Bordallo (2015) ao ressaltar que “[...] a regra é que uma única pessoa postule a adoção, constituindo exceção a existência de dois adotantes, circunstância que só ocorrerá se forem casados ou viverem em união estável”. (IBID., 2015, p. 343). Fato importante é que a finalidade do instituto sugere a permanência do mecanismo de transmissão de afeto, e que hoje o conceito de família é bem amplo, a exemplo da família homoafetiva. No entanto, se observa no cotidiano cultural, social e até mesmo jurídico de nossa sociedade, eminentemente, enraizada pelos preceitos e dogmas da cultura religiosa de matriz judaico-cristã, o favorecimento e salvaguarda da cultura do preceito, uma vez que esta impede as possibilidades de deferimento da adoção por pessoas que fogem ao conceito de família tradicional, ou seja, àquelas que estão alicerçadas no afeto, independentemente do gênero ou da identidade de gênero dos casal adotante.

Adoção unilateral

Essa modalidade é a que permite que um dos cônjuges ou companheiro adote o filho do outro, preservando a entidade familiar constituída, alterando uma das linhas de parentesco, seja a mãe ou o pai. A adoção é considerada uma forma de destituição do poder familiar, dessa forma nesta espécie, também é preciso observar a necessidade da destituição, pois, esta modalidade não permite que o poder familiar seja destituído por mera conveniência da adoção. A este respeito, Augusto Bordallo (2015, p. 344) ensina que “[...] para que seja realizada a destituição do poder familiar, necessário que se comprove alguns dos requisitos exigidos em lei para tal desiderato”.

Adoção póstuma

A adoção é indispensavelmente um ato personalíssimo, no entanto é possível que ela aconteça após a morte do adotante. É que a legislação prevê a hipótese de falecimento da parte interessada durante o trâmite, e assim cessa a condição de personalidade, já que em vida houve a manifestação de vontade em adotar. Berenice Dias (2013) sugere que, além da adoção póstuma já ser uma exceção no ordenamento vigente, ainda há outra exceção que está relacionada ao trâmite processual:

A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (*ex-nunc*), não produzindo efeito retroativo (ECA 47 §7.º). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento (DIAS, 2013, p. 508).

Como nos mostra a afirmação acima, apesar dos efeitos da sentença, em regra, não retroagirem, este ocorrerá em virtude da Proteção Integral dos Direitos da Criança e/ou Adolescente, garantindo-os a priorização dos seus interesses.

Adoção à brasileira

Essa espécie, na verdade, não é considerada uma forma de adoção prevista na legislação, e sim uma denominação dada após a disseminação de sua prática em nosso país que é a de registrar o filho de outra pessoa como seu. O ato de adotar é irrevogável e não permite arrependimento posterior, ou anulação do feito. Nesses termos, analogicamente, o ato de registrar filho de outrem como se seu fosse, segue o mesmo raciocínio proposto por Berenice Dias:

Ainda que dito dispositivo legal excepcione a possibilidade de anulação por erro ou falsidade, não se pode aceitar a alegação de falsidade do registro levada a feito pela própria pessoa. Assim, registrar filho alheio como próprio, sabendo não ser verdadeira a filiação, impede posterior pedido de anulação (DIAS, 2013, p. 509).

Não é possível elencar os motivos determinantes que levaram a sociedade a aderir a essa prática. No entanto, é possível que seja reflexo da dificuldade enfrentada pelas pessoas em efetivar adoções socioafetivas, onde vínculos já estão formados entre os possíveis adotantes e adotados desconsiderando os requisitos legais exigidos. E, como uma forma de evitar a adoção à brasileira, Augusto Bordallo assevera que é possível “[...] evitar essas situações, devemos buscar instrumentos que retirem das pessoas o medo de procurar nas varas da infância o meio correto para regularizar a situação de afeto que já possuem com relação a uma criança”. (2015, p. 353). Dessa forma seria possível através da modalidade de adoção *intuito personae*, que será explicada adiante, tem como meta a promoção de mecanismos hábeis para evitar a prática criminosa de registro irregular, como defende Bordallo (2015, p. 354) ao inserir o questionamento de que “[...] devemos, para tanto, aceitar as adoções *intuito personae*, [...], pois está a única forma que o Estado terá de controlar o estabelecimento das filiações socioafetivas e verificar se as crianças estarão sendo protegidas de forma efetiva”.

Adoção *intuito personae*

Para a adotar é necessário seguir alguns requisitos exigidos na legislação, um deles é seguir a regra do Cadastro Nacional de Adoção - CNA, no entanto esta modalidade que é objeto de estudo deste trabalho, é uma forma que excepciona a regra geral, pois a escolha entre adotantes e adotado acontece antes do pedido formal que deverá ser feito ao judiciário, e é considerada uma modalidade socioafetiva, assim nos dizeres de Berenice Dias (2013, p. 510), principalmente, quando ela acentua que “chama-se de adoção *intuito personae* ou adoção dirigida quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança”. Todo o procedimento de escolha acontece entre a família biológica e os possíveis adotantes. De forma que por questões de afinidade os pais escolhem a quem entregar seu filho, geralmente a entrega é combinada antes mesmo do nascimento.

Existe também a possibilidade dela ocorrer quando alguém encontra uma criança abandonada e resolve cuidar dela dando-lhe um lar e afeto, ou seja, uma família. E somente após esse contato entre adotante e adotado é que se busca a vara da infância para legalizar a adoção. Berenice Dias (2013, p. 510) dá exemplos de pessoas que geralmente adotam dessa forma, “[...] às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para seu o filho”.

Como demonstrado anteriormente, o temor em buscar o judiciário para legalizar esse ato e ver frustrado o convívio com a criança é um dos motivos que promove a prática de registro irregular, considerada conduta criminosa. Para conseguir legaliza a adoção o judiciário deveria averiguar as condições em que a criança se encontra. A este respeito, Berenice Dias se posiciona criticamente, ao referendar que não é o que vem acontecendo:

Mesmo que a mãe entregue o filho a quem lhe aprover, o Ministério Público ingressa com pedido de busca e apreensão. O juiz não avalia sequer quem a mãe entregou o filho, para verificar a situação em que se encontra a criança atende ao seu melhor interesse. Não, imediatamente arranca a criança dos braços que sempre a acalentou e determina sua institucionalização (IBID., 2013, p. 510).

Não existe em nossa legislação vedação expressa para esse tipo de adoção, é um tema de abordagem doutrinária e jurisprudencial, uma vez que para Augusto Bordallo:

[...] há que ser ter um critério para se aceitar as adoções *intuito persoane*, e este deve ser o vínculo de afeto entre adotantes e adotado. A existência desse vínculo será demonstrada pelos pareceres sociais e psicológicos apresentados pela equipe da vara da infância (BORDALLO, 2015, p. 351).

No entanto, na prática jurisprudencial nem sempre o melhor interesse da criança é atendido, pois, prioriza-se o Cadastro Nacional como assim demonstra Berenice Dias (2013, p. 510), ao exemplificar que “[...] em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante. Porém, a tendência é não reconhecer o direito de a mãe escolher os pais do seu filho”.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADOÇÃO NO BRASIL

Os princípios são fundamentos de uma norma jurídica, têm a função de orientar a compreensão de um ordenamento e a aplicação de normas, e são os inspiradores para sua criação. Em matéria de adoção, existem dois princípios que sempre devem ser observados, que é o Princípio da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança, a saber:

Princípio da Proteção Integral

Este princípio foi introduzido em nosso ordenamento através da Constituição Federal no seu art. 227, quando trata da criança e do 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 a 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.

Devido sua constitucionalidade, a doutrina da proteção integral estabeleceu que os direitos da criança e do adolescente se apresentam à frente dos outros grupos de minorias e vulneráveis, como nos ensina Andréa Amin:

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos são necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para idosos é infraconstitucional, estabelecido no art. 3º da Lei n. 10.741/2003, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral (AMIM, 2015. p. 61).

Proteção esta que deve ser assegurada por todos os seguimentos da sociedade, para que se possa efetivamente garantir os direitos fundamentais, e promover o desenvolvimento saudável físico e psíquico garantindo sua dignidade de pessoa humana, que é decorrente de outro princípio constitucional que está intimamente ligado à proteção integral da criança e do adolescente. Posteriormente, o ECA também estabeleceu em seu art. 4º um rol mínimo e exemplificativo de ações prioritárias que devem ser asseguradas as crianças e adolescentes, concluindo assim que, a

intenção da proteção integral se dá por meio de ações preventivas, resguardar os direitos fundamentais daqueles.

Princípio do Melhor Interesse da Criança

Além da Proteção Integral, outro mecanismo importantíssimo para resguardar os direitos das crianças e adolescentes é visualizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto o geral, quanto o especial, uma vez que visa garantir que crianças e adolescentes tenham seus interesses não apenas resguardados, bem como que sejam superiores em qualquer circunstância. Assim conceitua Andréa Amim (2015, p. 70) “Trata-se de um princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”.

É importante destacar que não é facultado ao legislador ou operador do direito valer-se do referido princípio e sim obrigatório observá-lo e aplicá-lo em qualquer caso que envolva o direito dos menores, e considerando que o instituto da *Adoção Intuito Personae* não possui previsão legal, e que ele ocorre por meio de exceções a Lei Nacional de Adoção, destaca-se bastante a importância de considerar o melhor interesse da criança nas decisões pertinentes ao tema, pois na ausência de normas deve-se observar os princípios que regem o ordenamento jurídico. Vale ressaltar que os princípios são norteadores da criação da norma, e que as normas são criadas a partir da valoração de fatos histórico-sociais, ou seja, elas são expressões dos valores que se concretizam no cotidiano (REALE, 2010). Por conseguinte, acentua-se que as normas evoluem, e a adoção, por sua vez, a exemplo de tantos outros temas jurídicos, é interpretada de maneira dinâmica, uma vez que ela não pode ser compreendida como algo imutável, muito pelo contrário, deve acompanhar as necessidades e as modificações advindas da evolução social. Fato este que em seus nuances de particularidades, deve se observar o melhor interesse das crianças para sua aplicação.

A ADOÇÃO INTUITO PERSONAE E A LEI Nº12.010/09

Como já foi dito, nunca houve regulação do instituto por meio de legislação, porém é de conhecimento que na prática existem diversos casos que precisam se submeter a essa modalidade. Muito embora, é explícito tanto na doutrina, quanto na jurisprudência que não é possível a adequação de todas as possibilidades fáticas às normas existentes. Por isso, acentuamos aqui, a relevância social e jurídica deste tipo de modalidade, tendo em vista que é reconhecida e aceita

pela doutrina, quando esta considera que não há nenhum problema na possibilidade de os pais biológicos da criança escolherem quem serão os pais adotivos de seu filho, pois eles são detentores do poder familiar e por isso possuem o direito de livre escolha do que será melhor para a criança, ainda que essa escolha seja a entrega de seu filho a outra pessoa, e que deve ser respeitada (BORDALLO, 2015).

Neste mesmo pensamento Berenice Dias (2013, p. 510) também reconhece o instituto e critica o não reconhecimento pela legislação quando afirma que em “[...] nada, absolutamente em nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar seu filho”. É fato que para a concessão deve-se observar os princípios já explicados anteriormente, a situação de fato em que ocorreu a entrega da criança, e principalmente é importante considerar o vínculo de afetividade criado entre ela e os pretensos adotantes, já que a finalidade da adoção é proporcioná-la uma convivência familiar saudável e afetuosa. Bordallo (2015, p. 351) indica ainda que “Há que se ter um critério para se aceitar as adoções *intuitu personae*, e este deve ser o vínculo de afeto entre adotantes e adotado”. Além de uma relação jurídica, adotar é considerado um ato de amor, pois cria um elo de afetividade entre pessoas por meio da livre vontade dos envolvidos em acolher o novo membro na família, que nem mesmo a paternidade/maternidade biológica é capaz de realizar. (NADER, 2015).

A adoção *intuitu personae* é vista com uma forma consensual em que a família biológica participa ativamente da escolha da família da adotante, sendo que geralmente os pretensos adotantes não são considerados aptos para tal feito por não seguirem as regras estipuladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo o maior obstáculo o de não estar devidamente registrado no Cadastro Nacional de Adoção. A este respeito, Berenice Dias (2013, p. 510) assevera que “[...] existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas”. Ressalta-se ainda que garantir um meio adequado e legal nas hipóteses que corriqueiramente acontece a adoção e não apenas como está previsto na Lei, é uma forma de prevenir outra situação que é expressamente proibida e considerada crime que é adoção à brasileira, como bem referenda Augusto Bordallo (2015):

É importante a aceitação da adoção *intuitu personae*, pois sua negação fará com que as pessoas tenham medo de comparecer às varas da infância para regularizar sua situação com a criança, o que acarretará duas coisas: que permaneçam com a criança de modo totalmente irregular ou que ocorra a adoção “à brasileira” (IBID., 2015, p. 351).

Apesar de existir uma forte tendência doutrinária em aceitar a adoção pronta, existem hipóteses que podem justificar a dificuldade de aceitação por parte do legislativo que não podem ser desconsideradas, e é aí que está a real necessidade de uma regulamentação sobre o tema, para que se possa objetivamente evitar que essas situações existam. É possível que ocorra a entrega da

criança a outrem não apenas pela escolha, e sim por uma quantia paga ou troca de favores aos pais biológicos, caracterizando um comércio, o que causa repulsa ao imaginar a situação. Outra possibilidade seria por não ter havido uma preparação com os pretensos adotantes como existe com as pessoas devidamente cadastradas, alegando que não é possível ter certeza se as pessoas a quem a criança foi entregue estão preparadas para exercer a função que lhe foi dada. Nesses termos, é extremamente necessário uma avaliação por equipe multiprofissional, como também ocorre nas adoções legais (BORDALLO, 2015) O que não se é justificável é indeferir um pedido de adoção em que a criança já se encontra em convivência com os adotantes e já os reconhece como seus pais, em face da ausência de cadastro. A este respeito, Berenice Dias acentua que:

Os cadastros servem, tão só, para organiza os pretendentes à adoção, isto é, para agilizar e facilitar a concessão da medida, e não para obstacularizá-la. Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido e entrega-la ao primeiro inscrito. Tal postura desatende aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional (DIAS, 2013, p. 519).

Devido à ausência de regulamento na legislação sobre a adoção por pessoas não cadastradas, a Lei 12.010/09 inseriu no Estatuto da Criança e do Adolescente o Art. 50, §13 que dispõe as hipóteses em que poderão ser deferidas as adoções sem o prévio cadastro:

Art. 50, § 13 – Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos da Lei quando:
 I – Tratar-se de pedido de adoção unilateral;
 II – Se 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. ((BRASIL, 1990).

De acordo com o artigo de Lei supracitado é notável que continua não havendo vedação expressa sobre outras formas de adoção sem cadastro. Muito embora, as hipóteses permitidas elencadas expressamente na legislação possuem a finalidade de restringir a atuação do judiciário em relação à outros casos que se enquadram nos termos da adoção *intuitu personae*. Neste sentido, Augusto Bordallo (2015) criticamente sugere que:

Infelizmente nosso legislador, influenciado por um grupo que deseja controlar a tudo e a todos e possui um exarcebado medo da liberdade de ação das pessoas, rendeu-se ao amor incontido pelo cadastro de pessoas habilitadas a adotar, estabelecendo regramento com o intuito de impedir a adoção *intuitu personae* (IBID., 2015, p. 351).

Apesar de elogios referentes a outros dispositivos da Lei assegurando direitos que já vinham sendo reconhecido judicialmente (DIAS, 2013), o art Art. 50, §13 do ECA é bastante

criticado, pois, a finalidade do Cadastro é de facilitar o procedimento da adoção para que ocorra de forma legal e agilizar para que se mitigue os prejuízos ocorridos com a permanência da criança em abrigos e em decorrência da mudança familiar; por conseguinte, é importante referendar que se deve preservar os interesses da criança e proporcioná-la a proteção integral. Berenice Dias (2013, p. 520) vai de encontro a esta perspectiva ao apontar que “[...] o que era pra ser simples mecanismo, singelo instrumento agilizador de um procedimento, transformou-se em um fim em si mesmo. Em vez de meio libertário, passou a ser um fator inibitório e limitativo da adoção.”.

Nesse enfoque a autora nos mostra que o cadastro deveria ser um meio subsidiário para promover a adoção, facilitando e agilizando o processo, e evitando a demora que prejudica em termos de preferência, pois as crianças menores são sempre as mais desejadas pelos adotantes que aguardam na fila de espera, o que reflete outro problema relacionado a criança em sí, que é a infância em ambiente institucional. A questão que merece análise sobre o instituto está relacionada ao inciso III, pois sua redação restringe de forma bastante acentuada as possibilidades, pois exige a guarda legal da criança ou adolescente, define a idade mínima para a criança e ainda requer comprovação de lapso temporal que seja possível comprovar afinidade e afetividade entre eles. O dispositivo em questão desconsidera a realidade social do Brasil, onde famílias costumam cuidar de crianças, até mesmo, desde o nascimento, e de adolescentes como se fossem seus, dando-lhe toda assistência necessária para uma vida digna e proporcionando-lhe afeto familiar, sem haver situação de guarda regularizada, ocorrendo apenas a guarda de fato (CARVALHO, 2011).

O Direito considera que o costume é fato relevante para a construção social da norma, e suprimir do texto legal uma hipótese que já se encontra alicerçada na realidade brasileira não condiz com a finalidade da ciência que é regular as relações sociais sistematizando o ordenamento. É baseada na perspectiva de finalidade social da norma que é possível defender juridicamente as inúmeras possibilidades que possam existir de adoção pronta, pois a legislação deve acompanhar as conjunturas sociais, e deve preservar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados que são baseados na preservação e promoção da dignidade da pessoa humana.

O APARENTE CONFLITO ENTRE O ART. 166 E O ART.50, §13 DO ECA.

A Lei 12.010/09 que incluiu no Estatuto da Criança e do Adolescente o artigo que especifica as hipóteses de adoção sem prévio cadastro, modificou ainda outros dispositivos. A redação dada pela nova legislação alterou também o artigo 166 do referido estatuto e incluiu 7

(sete) parágrafos, que tratam sobre a necessidade de consentimento dos pais biológicos para colocação em família substituta e como será o procedimento:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação de família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando – se por termo as declarações.

§2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestado pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

§3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

§4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

§5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

§6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

§7º A família substituta receberá a devida orientação por intermédio da equipe técnica interprofissional a serviço do Poder Judiciário, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (BRASIL, 1990).

O caput do mencionado artigo prevê que é possível que os pais por meio de expresso pedido realizado em cartório, devidamente assinado por eles e ainda sem intervenção de advogado indiquem por livre manifestação de vontade o desejo de colocação de seu filho em família substituta, logo, entende-se que este artigo engloba todas as modalidades, permitindo assim, a manifestação dos pais em dar o seu filho em adoção, exigindo-lhes apenas que confirmem perante a autoridade judiciária e o Ministério Público para validade de sua vontade.

O artigo, também, especifica que a validação da vontade dos pais deve ocorrer em audiência, não sendo suficiente apenas a alteração em cartório para ocorrer, e caso não seja seguido o procedimento judicial a medida será inválida. Percebe-se que o legislador preocupou-se na hipótese de que os pais biológicos possam não estar gozando de liberdade de escolha, exigindo assim meio judicial para corroborar como ato. Interpreta-se que foi permitida a família natural agir de forma direta no procedimento de adoção, pois o artigo lhe dá a liberdade de escolher entregar o menor em família substituta, cabendo ao judiciário apenas a homologação da manifestação de vontade, sendo assim, por medida irrevogável é justo que se tenha o direito de escolher a quem dar a criança em adoção. Nesse sentido se manifesta Berenice Dias (2013), “Basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor ao filho (CC 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha de a quem dar em adoção.” (DIAS, 2015. p. 510). Outra vertente interpretativa possível sobre o dispositivo, como destaca Sávio Bittencourt, é que o conflito é apenas aparente, e que pode ser resolvido por

meio do princípio da especialidade, já que o artigo 166 destaca uma norma geral sobre colocação em família substituta e o §13 do artigo 50 se restringe a adoção, portanto uma norma específica que se sobressai à norma geral. (BITTENCOURT, 2010). A finalidade da inscrição no Cadastro de adoção é evitar que elas ocorram por pessoas despreparadas para a nova realidade, e evitar as devoluções de crianças.

No entanto, o §7 do artigo 166, exige que seja feita uma orientação por equipe multiprofissional à família substituta, sendo assim, em casos de adoção consentida pelo referido artigo, o apoio fornecido para avaliar a aptidão para adotar exigido pelo cadastro, também se faz presente neste, assegurando-lhe a segurança jurídica do ato. Devido a problemática instaurada em torno dos dois artigos do mesmo dispositivo incluídos pela Lei nº12.010/09, houve a necessidade de manifestação do judiciário sobre a temática. Primeiramente, no julgamento do AC 1974 RN 2010.001974-9 pela Segunda Câmara Cível, em que segue trechos da ementa e do voto do Desembargador Relator Vivaldo Pinheiro:

[...] DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS EM CONDIÇÕES PECULIARES DE DESENVOLVIMENTO. EDIÇÃO DA LEI FEDERAL N. 12.010/09. PREVISIBILIDADE DE ADOÇÃO CONSENTIDA. ART. 166 DO ECA. ART. 50, §13, DO ECA. AUSÊNCIA DE ANTINOMIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. APLICABILIDADE DA CORRENTE EXTENSIVA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO PRÉVIA EM CADASTRO À PECULIARIDADE DO CASO. [...] A GRANDE DISCUSSÃO, ATUALMENTE, CONSISTE EM AFERIR SE, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI FEDERAL N. 12.010/09, HOUVE OU NÃO ANTINOMIA ENTRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS SUSOMENCIONADOS. ACERCA DO TEMA, EVIDENCIAM-SE 4 (QUATRO) CORRENTES [1]: RESTRITIVA, DEFENDENDO A REVOGAÇÃO DA ADOÇÃO CONSENTIDA, HAJA VISTA QUE O ART. 50, § 13, DO ECA, NÃO INSERIU A FORMA PREVISTA NO ART. 166; SEMI-RESTRITIVA, SUSTENTANDO QUE A ADOÇÃO CONSENTIDA DEVERIA SER UTILIZADA APENAS NO CASO PREVISTO NO ART. 50, § 13, III, DO ECA, POIS NA FORMA CONSENTIDA NÃO HAVERIA PREPARAÇÃO ADEQUADA DOS ADOTANTES; MODERADA, POSTULANDO A CONDIÇÃO DOS PRETENDENTES ESTAREM PREVIAMENTE CADASTRADOS PARA FAZEREM JUS AO DISPOSTO NO ART. 166, DO ECA; EXTENSIVA, RESUMINDO-SE NA IDÉIA DE HARMONIZAÇÃO DOS ARTIGOS, MANTENDO O SEU SENTIDO NA INTEGRALIDADE. COM A DEVIDA VÊNIA, FILIO-ME À ÚLTIMA CORRENTE. A "ADOÇÃO" PREVISTA NO ART. 50, §13, DO ECA, DEVE SE HARMONIZAR COM AQUELA SUFRAGADA NO ART. 166, PORQUANTO NÃO SE PODE CRIAR UMA INTERPRETAÇÃO ANTAGÔNICA QUE O LEGISLADOR NÃO PREVIU.

Destaca-se que o nobre julgador evidenciou em sua decisão que existem correntes de interpretação sobre o tema, no entanto, o julgado acima demonstra que é juridicamente possível a adoção pautada no Art. 166 do Estatuto, e que em uma análise favorável aos interesses da criança deve-se harmonizar os dois dispositivos, visto que ambos estão vigentes no ordenamento. Outro posicionamento acerca do tema ocorreu no julgamento do AC 43812 RN 2010.004381-2 pela

Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, do qual se deve destacar trechos da ementa e do voto do Desembargador Relator Cláudio Santos, a seguir:

[...] AÇÃO DE ADOÇÃO. CASAL FORA DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO, INSITUADO PELA LEI 12.010/09. ADOÇÃO *INTUITO PERSONAE* (CONSENTIDA). ADMISSIBILIDADE. REGRA GERAL QUE DEVE SER FLEXIBILIZADA, DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA, SOB A GUARDA DOS ADOTANTES DESDE O NASCIMENTO, HÁ APROXIMADAMENTE 1 (UM) ANO. [...] OCORRE QUE, COM A ENTRADA E VIGOR DA LEI 12.010/09, QUE VEM SENDO DENOMINADA DE “NOVA LEI DE ADOÇÃO”, PASSOU A EXISTIR UMA ESPÉCIE DE CONFLITO ENTRE A ADOÇÃO CONSENTIDA (*INTUITO PERSONAE*), SOB O PÁLIO DO ECA, E A ADOÇÃO A QUE FAZ ALUSÃO A NOVA LEGISLAÇÃO, EM ESPECIAL AQUELA PREVISTA NO ARTIGO 50, §13. [...] EM VERDADE, UM DOS PONTOS FUNDAMENTAIS DA CELEUMA, RECAL, EXATAMENTE, NA JÁ MENCIONADA ADOÇÃO CONSENTIDA OU *INTUITO PERSONAE*. NESSE PASSO, O ENTENDIMENTO DOMINANTE NOS TRIBUNAIS DO PAÍS É DE QUE NÃO SE PODE, NEM SE DEVE PRESTIGIAR A FORMALIDADE EXCESSIVA QUE REVESTE O PROCEDIMENTO PREVISTO PELO LEGISLADOR, E FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, MAIS AINDA EM SENDO MANIFESTO O CONSENTIMENTO DOS PAIS BIOLÓGICOS[...]. NÃO HOUVE REGOVAÇÃO EXPRESSA, NEM TÁCITA, DO DISPOSTO NO ARTIGO 166 DO ECA, PORQUANTO A NOVA LEI NÃO VEDOU A ADOÇÃO *INTUITO PERSONAE*, TANTO QUE O DISPOSITIVO LEGAL REFERENCIADO PERMANECE EM PLENA VIGÊNCIA, TENDO SIDO ACRESCENTADO PELO LEGISLADOR, TÃO-SOMENTE, O TERMO “DISPENSADA A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO” (CAPUT).

Vale ressaltar que durante o lapso temporal das referidas decisões até então, não houve modificações por parte de Tribunais Superiores sobre a matéria, permanecendo assim, o posicionamento dos nobres julgadores, passíveis de aceitação pelo judiciário em casos que se demonstra similaridade. As decisões em comento demonstram um caminho para a legalidade da adoção *intuitio personae*, considerando que além das 3 (três) hipóteses fixadas pelo art. 50, §13 do ECA, o artigo 166 permite a possibilidade de mais uma modalidade que se excepciona à regra geral e que é direcionada pelo próprio estatuto, a adoção consentida, pleiteada com fundamento na afetividade criada pela guarda de fato, protegendo assim, o melhor interesse da criança. Os fundamentos utilizados pelo magistrado em sua decisão consideram a função social que a norma representa para a sociedade e nesse mesmo sentido fundamenta Jeferson Carvalho, ao defender que precisamos considerar os costumes praticados:

Não podemos fugir da realidade brasileira, e, assim, devemos aplicar a lei, de modo que o princípio da proteção integral seja prestigiado, e, não, sufocado por redação legal insensata. Parece-nos que, no próprio Estatuto, encontramos a solução para o problema, que, certamente, será enfrentado por muitos juízes da Infância e da Juventude. O art.166 do Estatuto, que não foi afetado pela Lei nº 12.010/09, ao tratar da colocação em família substituta, expressa que, se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, agora, poder familiar, ou houverem aderido, expressamente, ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes. [...] (CARVALHO, 2011, s/p).

Pois, mesmo que a legislação se esforce par regular a ordem pública, é preciso considerar as nuances particulares inerentes à cada pessoa e situação, e de como a sociedade se comporta de fato sobre determinado tema, para que se possa por parte da norma legal, preservar a dignidade de pessoa humana de cada um de acordo com suas necessidades. Nesse sentido a adoção pronta mostra-se legítima em razão do melhor interesse da criança, que deve se sobressair a tecnicidade imposta pelo cadastro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo presente se propôs a analisar como a doutrina jurídica, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e de alguns Tribunais estaduais vem se posicionando nos casos de adoção *intuitu personae*. Estudo este que nos permitiu ainda verificar os mecanismos de aplicabilidade do princípio sobre a prevalência do Princípio do Melhor Interesse da Criança em face da legislação protecionista do menor modificada pela Lei nº 12.010/09.

A revisão bibliográfica contribuiu para que se fosse possível demonstrar que a adoção é um instituto bastante antigo e que acompanha as modificações e transformações oriundas e emergentes das sociedades globalizadas, cumprindo assim, as demandas e exigências de sua funcionalidade. Neste contexto, concluiu-se que a adoção *intuitu personae* é uma modalidade reconhecida pela doutrina jurídica e aceita pelos tribunais superiores brasileiros, em razão da necessidade de proteção integral aos direitos da criança e do adolescente.

A análise crítica da doutrina examinada demonstrou que apesar da importância de haver procedimentos que regulem a adoção, como é o Cadastro de adotantes, é imperioso observar de acordo com o caso concreto se o que determina a legislação atende ao superior interesse da criança e do adolescente, dessa forma, conclui-se que a doutrina entende que deve-se excepcionar a regra geral de prévio cadastro em face da necessidade de proteção integral aos direitos da criança, e preservação dos vínculos de afetividades já estabelecidos. Observou-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente após a vigência da Lei nº 12.010/09, que restringiu as possibilidades de adoção dirigida, continuou preservando os fundamentos constitucionais de proteção integral e prevalência do superior interesse da criança, e que em casos de colocação em família substituta, onde a adoção é uma modalidade, deve-se priorizar os vínculos de afinidade e afetividade.

Nesta perspectiva, foram apreciados artigos de juristas que se posicionaram sobre o tema, os quais demonstraram entendimentos divergentes. No entanto, foram encontrados julgados de Tribunais que confirmaram que é possível baseado na legislação protecionista dos direitos da criança e do adolescente, pleitear a adoção consentida, direcionada pela família biológica, com a finalidade

de preservar os interesses constitucionalmente assegurados ao menor. Na análise sobre a aplicação do princípio do Melhor Interesse da Criança ao caso concreto, observou-se que nos julgados de 1ª e 2ª instâncias existe uma tendência em priorizar a aplicação da redação legal nas adoções dirigidas. No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se pacífico no entendimento de que é necessário priorizar os interesses da criança e que o ponto de partida para assegurar essa proteção é a aplicação do Princípio da afetividade, considera ainda que este é o único critério que deve ser observado nas decisões sobre a matéria.

Afere-se que os tribunais vêm consolidando a tese que atribuí a preferência ao Cadastro de adotantes, apesar de ser regra, não é absoluta em prol do Princípio do Melhor Interesse da Criança, uma vez que, o Princípio do Melhor Interesse da Criança deve prevalecer nas hipóteses de adoção *intuitu personae* em face da legislação, utilizando como critério o vínculo de afetividade estabelecido entre a criança e os pretensos adotantes. Finalmente, destaca-se que o assunto abordado é de relevante valor social, pois a adoção *intuitu personae* faz parte da realidade brasileira, e é um tema que possui alto valor jurídico, pois abre a discussão se existe a necessidade de abrangência das possibilidades de adoção dirigida para proporcionar segurança jurídica ao instituto.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org). **Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60 – 73.

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 282 – 361.

BRASIL, **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/leis/L8069.htm. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus. Quarta Turma. HC nº 279.059 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 10 dez. 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?nun_registro=201303382156&dt_publicacao=28/02/2014. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Terceira Turma. HC nº 274.845 – SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 12 nov. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?nun_registro=201302503897&dt_publicacao=29/11/2013. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Terceira Turma. HC nº 294.729 – SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 07 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?nun_registro=201401146249&dt_publicacao=29/08/2014. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Terceira Turma. Resp nº 1.172.067 – MG. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 18 mar. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?nun_registro=200900529624&dt_publicacao=14/04/2010. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível. 11ª Câmara Cível. AC nº 541417-1. Relator: Juiz Conv. Luis Antônio Barry. Curitiba – PR, 27 mai. 2009. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1817221/Acórdão-541417-1>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível. 3ª Câmara Cível. AC nº 2010.001974-9. Relator: Des. Vivaldo Pinheiro. Natal – RN, 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível. 2ª Câmara Cível. AC nº 2010.004381-2. Relator: Des. Cláudio Santos. Natal – RN, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>. Acesso em: 22 nov. 2017.

CARVALHO, Jeferson Moreira. **A adoção sob o enfoque da Lei nº 12.010/09.** Jornal Carta Forense, 02 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-adoacao-sob-o-enfoque-da-lei-nº-1201009/5202>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CUNHA, Tainara Mendes. **A evolução histórica do instituto da adoção.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34641&seo=1>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: Direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Vol. 5 – Direito de Família, 7. Edição. Forense, 2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/>. Acesso em: 06 nov. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. Saraiva Educação, 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547206185>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª edição. Saraiva, 2010. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

Recebido em: 27 de Março de 2018

Aceito em: 25 de Abril de 2018

¹Graduada em Direito pelo Centro Universitário Dr. Leão Sampaio. Advogada. Pesquisadora-voluntária do Laboratório Interdisciplinar de Estudos da Violência (LIEV)/UNILEÃO. E-mail: jujucunhasantos@hotmail.com.

²Doutor em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Pernambuco. Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central (FACHUSC). Professor do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio. Professor do curso de Administração da Universidade de Pernambuco (UPE). Pesquisador-Líder do Laboratório Interdisciplinar em Estudos da Violência no Centro Universitário Dr. Leão Sampaio (LIEV-UNILEÃO). Pesquisador-colaborador do Laboratório Interdisciplinar em Estudos Organizacionais e do Trabalho da Faculdade Vale do Salgado (LIEOT-FVS). E-mail: crioulo.miguelangelo.melo@gmail.com