Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro – Unipac ISSN 2178-6925
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - Fevereiro de 2019

A VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A SUA COMPATIBILIDADE COM A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

THE LEGAL VIABILITY OF ADOPTION INTUITS PERSONAE AND ITS COMPATIBILITY WITH THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION

Márcio Júnio Batista Pereira
Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário da atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni e Professor do curso de direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni, e-mail: marciojuniotoadv@hotmail.com

Dágina Araújo Sander
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, graduada em direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro e professora no curso de direito na Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni, e-mail: dasander02@hotmail.com

Fernanda da Silva Freitas
Pós-graduada em Docência do Ensino Superior pelo Instituto Prominas Serviços Educacionais. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Graduada em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro. Professora substituta no curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni. E-mail: Ferna-freitas@hotmail.com

Resumo

As relações jurídicas e sociais são complexas, ainda mais quando envolvem interesses de crianças e adolescentes. Contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, adotou a doutrina da proteção integral, com reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, com tutela específica e absoluta prioridade. Dentro deste contexto, surgem alguns questionamentos, dentre os quais o sobre a viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, caracterizada pela intervenção direta dos genitores na escolha dos adotantes para seu filho, com inobservância do cadastro de adotantes. Portanto, indaga-se: seria a adoção *intuitu personae* juridicamente viável?. Há divergência doutrinária quanto à sua admissibilidade, no entanto, a jurisprudência, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça tem admitido dita modalidade de adoção, estabelecendo alguns critérios balizadores, dentre os quais destacam-se: o estabelecimento do vínculo socioafetivo do adotando com os adotantes, a idoneidade destes e a ausência de promessa ou efetivo pagamento de contraprestação pecuniária. Nesta linha, o entendimento dos Tribunais, revela-se mais adequado aos fins sociais da legislação protetiva dos interesses da criança e do adolescente, já que o apego demasiado aos formalismos, como o cadastro de adotantes, pode impedir a consecução do melhor interesse da criança e do adolescente, o que iria na contramão de todo o sistema de proteção aos seus direitos. Deste modo, objetiva-se com este artigo, por meio da revisão bibliográfica, da análise da legislação interna e da jurisprudência, discorrer sobre a viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae* e a sua compatibilidade com a doutrina da proteção integral.

Palavras-Chave: Proteção. Integral. Adoção *intuitu personae*. Viabilidade. Jurídica.

Abstract

Legal and social relationships are complex, especially when they involve the interests of children and adolescents. However, the Federal Constitution of 1988, in its art. 227, adopted the doctrine of integral protection, with recognition of the child and adolescent as subjects of rights, with specific protection and absolute priority. Within this context, some questions arise, such as the legal viability of the intuitu personae adoption, characterized by the direct intervention of the parents in the choice of adopters for their child, with nonobservance of the register of adopters. Therefore, it is asked: would the adoption intuitu personae be legally viable ?. There is doctrinal divergence as to its admissibility, however, the jurisprudence, even of the Superior Court of Justice has admitted to this modality of adoption, establishing some basic criteria, among which stand out: the establishment of the socio-affective bond of adopting with the adopters, the suitability of these and the absence of promise or effective payment of pecuniary consideration. In this line, the understanding of the Courts is more adequate to the social purposes of the protective legislation of the interests of children and adolescents, since too much adherence to formalities, such as registration of adopters, may prevent the achievement of the best interest of the child and the adolescent, which would go against the whole system of protection of their rights. In this way, this article aims, through the bibliographic review, the analysis of domestic legislation and jurisprudence, to discuss the legal feasibility of adopting intuitu personae and its compatibility with the doctrine of integral protection.

Keywords: Protection. Integral. Adoption intuitu personae. Viability. Legal.

1 Introdução

Por meio do presente trabalho, propõe-se, de maneira não exaustiva, a analisar a viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, com base na sua compatibilidade com a doutrina da proteção integral, inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do art. 227, da Constituição Federal de 1988.

Referido tema desencadeia inúmeras discussões em âmbito doutrinário, pois alguns doutrinadores mostram-se contrários à sua consecução, por entenderem haver subversão da Lei, especialmente da previsão contida no art. 50 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto a necessidade de prévia inscrição em cadastro de adotantes. Já os que entendem pela compatibilidade da referida modalidade de adoção com a doutrina da proteção integral, utilizam-se de uma interpretação mais ampla do arcabouço jurídico.

Ademais, a jurisprudência ao proceder uma interpretação sistemática e axiológica do arcabouço jurídico de proteção à infância e a adolescência, tem reconhecido a viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, desde que calcada no melhor interesse da criança e do adolescente.

É inegável que a relações sociais, inclusive as familiares passam pelo processo evolutivo, necessitando de acompanhamento do Direito, que tem a função de regular a vida em Sociedade, daí surgir a relevância do tema, dado seu conteúdo eminentemente social, já que não raras vezes os genitores premidos pela impossibilidade de criação de seus filhos, escolhem pessoas próximas e de sua confiança para cuidarem de seus filhos, os quais assumem voluntariamente a condição de seus pais. Consequentemente, com a formação de vínculos, não revela-se razoável retirar a criança ou adolescente de sua família substituta apenas sob o argumento da inobservância do cadastro de adotantes.

Portanto, com base na revisão bibliográfica, abordar-se-á ao longo do trabalho aspectos relativos à mudança de paradigma na tutela dos direitos da criança e do adolescente, por meio do implemento da doutrina da proteção integral. Além disto, discorrer-se-á sobre os princípios orientadores da tutela dos direitos da criança e do adolescente, bem como os direitos fundamentais consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após, expor-se-á o conceito de adoção, com enfrentamento do problema proposto no trabalho acerca da adoção *intuitu personae*, com abordagem doutrinária e jurisprudencial, seguindo-se às considerações finais.

2 A doutrina da proteção integral

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 227 previu de modo expresso a proteção integral à criança e ao adolescente, vejamos:

> 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) grifos nossos

O Constituinte originário de 1988, rompeu com o paradigma da doutrina da situação irregular, em que somente se atribuía proteção à criança e ao adolescente em situação irregular ou considerado delinquente (Código de Menores, Lei 6.697/79), que dispunha em seu art. 1º, *in verbis:*

> Art. 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

> I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
> II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Neste sentido, leciona Silva (2000 *apud* NUCCI, 2015):

> Diferentemente dos Códigos de Menores que se destinavam ao menor abandonado ou em situação irregular, o Estatuto se aplica a toda e qualquer criança ou adolescente, impondo consequente e necessária interpretação de todas as normas relativas aos menores de idade à luz dos princípios ali estabelecidos.

Além disto, retirou-se o estigma da expressão "menor de idade", que constava do Código de Menores de 1979 que se referia, regra geral, aos infratores. Deste modo, utilizando da melhor técnica jurídica, o operador do direito deve se valer das expressões criança e adolescente, em substituição a "menor de idade"

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) em seu art. 1º preconiza a doutrina da proteção integral. Consequentemente, em seu art. 15, há o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos civis, além de preceituar o respeito aos seus direitos, *ipsis litteris:*

> Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Logo, vê-se que na doutrina da proteção integral, sufragada pela Constituição Federal a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, além de levar em consideração a sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento, como desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, contido no art. 1º, III, da CF/88.

2.1 Princípios fundamentais decorrentes da doutrina da proteção integral

Alguns princípios são elementares à tutela dos direitos da criança e do adolescente, os quais decorrem diretamente da doutrina da proteção integral.

Nesta linha, o Constituinte originário estabeleceu que os direitos da criança e do adolescente devem ser garantidos com prioridade absoluta, indicando que as medidas necessárias e eficazes à proteção da criança e do adolescente devem ser priorizadas em relação a outros interesses, vinculando, inclusive, a atuação do administrador/gestor público.

Sobre tal princípio ensina Nucci (2015, p. 08):

> Todos têm direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança etc., mas os infantes e jovens precisam ser tratados em primeiríssimo lugar (seria em primeiro lugar, fosse apenas prioridade, porém, a absoluta prioridade é uma ênfase), em todos os aspectos. Precisam ser o foco principal do Poder Executivo na destinação de verbas para o amparo à família e ao menor em situação vulnerável; precisam das leis votadas com prioridade total, em seu benefício; precisam de processos céleres e juízes comprometidos.

Em complemento, Amin (2016) afirma que a prioridade absoluta situa-se no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, com verdadeira preponderância do interesse infanto-juvenil, sem espaço para indagações ou ponderações.

Portanto, compreende-se, inclusive, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e execução das políticas públicas e destinação privilegiada de recursos públicos.

Outro importante princípio é o do melhor interesse da criança e do adolescente que é orientador da atuação do legislador e do aplicador da legislação, que devem efetivamente pautar-se sempre naquilo que melhor atender ao interesse da criança e do adolescente, considerando a sua situação peculiar de indivíduo em desenvolvimento.

A jurisprudência é firme quanto a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, vejamos:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. GENITORA EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. GUARDA CONCEDIDA AO GENITOR. SENTENÇA MANTIDA. O tema guarda dos filhos envolve um dos mais preciosos valores do âmbito familista: o ser humano em sua formação, uma vez que atinge a criança e o adolescente, que são priorizados na Constituição Federal. Evidencia-se que o interesse da criança deve sobrepor-se a qualquer outro interesse relacionado a lide, e diante do conteúdo probatório trazido aos autos, principalmente dos laudos psicológico e social, que constataram que a genitora vive em situação de vulnerabilidade social, bem como demonstraram que o genitor tem melhores condições de cuidar da menor, deve ser mantida a sentença que concedeu ao genitor a guarda da menor. Recurso conhecido e não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0134.12.003460-5/001, Relator(a): Des.(a) Gilson Soares Lemes , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/10/2018, publicação da súmula em 06/11/2018)

Destaca-se, ainda, o princípio da municipalização, que decorre da descentralização da política de atendimento da criança e do adolescente, prevista

nos arts. 203 e 204, da CF/88, estabelecendo atribuição concorrente dos entes federados para a consecução da política assistencial à criança e ao adolescente.

O art. 88, I, do ECA, aos disciplinar a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, dispõe:

> Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:
> I - municipalização do atendimento;
> II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais.
> (...)

Neste contexto, outro aspecto importante da municipalização encontra-se na instituição dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, por força do art. 227, §7º c/c 204, da Constituição e art. 88, II, do ECA. Tais Conselhos, possuem a importante função de deliberação sobre a política de atendimento à criança e ao adolescente, além da fiscalização das ações do Poder Executivo em sua implementação.

2.2 Os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente

Como desdobramento da doutrina da proteção integral, em que há o reconhecimento expresso da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, tem-se a atribuição de diversos direitos fundamentais àqueles.

Tais direitos englobam proteção ao nascituro por meio de políticas públicas de saúde voltadas a assistência à gestante, de modo a garantir o nascimento e o desenvolvimento sadio da criança, a teor do que dispõe o art. 7º, do ECA, *in verbis:*

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Outro importante direito fundamental garantido às crianças e aos adolescentes, é o direito à liberdade consagrado no art. 15, do ECA, vejamos: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Dentre todos os direitos, destaca-se o direito à convivência familiar, do qual decorrem diversos outros, o qual encontra-se regulamentado a partir do art. 19, do ECA, *ipsis litteris:*

> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Sobre este aspecto, salutar transcrever o Princípio 6º, da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de caráter enunciativo, *in verbis*:

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

O poder familiar, anteriormente denominado pátrio poder, revela-se como um poder/dever legal incumbido aos pais pelo Estado, para ser exercido por estes em benefício da pessoa e dos bens dos filhos menores.

Neste sentido, o art. 22, p. único do ECA:

> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
> Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na **educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.**

Há, portanto, a consagração do direito fundamental ao livre planejamento familiar, afastando intervenção estatal arbitrária. (art. 226§7º, da CF/88)

O Código Civil de 2002 trata em capítulo próprio sobre o poder familiar. Transcreve-se, a seguir, o art. 1.630 e ss, do referido diploma legal, *in verbis*:

> Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.
> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
> Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
> Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Acerca dos poderes/atribuições dos pais em relação aos filhos, preceitua o art. 1.634, do Código Civil, basicamente:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Acerca dos deveres básicos decorrentes do poder familiar, versa o art. do Estatuto da Criança e do Adolescente, *ipsis litteris: "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."*

O descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, poderá desencadear a sua suspensão ou destituição, mediante procedimento judicial, em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório. Na hipótese de sua ocorrência, haverá, via de regra, a colocação da criança ou adolescente, em família substituta, inclusive, mediante adoção.

3 O instituto da adoção

Segundo Nucci (2015, p. 126) a adoção é "um ato voluntário e espontâneo, calcado no afeto e na afinidade, que permite a aceitação de alguém como filho (a), para lhe conceder toda assistência material e moral, cercadas de proteção, cuidado, zelo, sustento, educação e amor."

É a única forma de colocação em família substituta em que há formação de vínculo de filiação, portanto, confere a condição de filho ao adotado em relação aos seus adotantes, havendo uma ruptura com a da família de origem. Permanece apenas os impedimentos matrimoniais, a teor do que preceitua o art. 41, ECA: "*Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".*

Trata-se de medida excepcional, irrevogável e personalíssima (art. 39§1º, do ECA). O caráter excepcional relaciona-se à utilização da adoção como medida extrema, uma vez que conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, deve prevalecer a convivência da criança e do adolescente com a sua família natural ou extensa. Já a irrevogabilidade, como a própria denominação sugere, diz respeito a impossibilidade de revogação da adoção, inclusive, quanto a desistência por parte dos adotantes, esta última admitida no período do estágio de convivência.

Outrossim, não admite representação por terceiro, diverso dos adotantes, sendo vedada a adoção por procuração, a teor do disposto no art. 39§2º, do ECA, daí apresentar-se como ato personalíssimo.

Elucidativos os comentários proferidos na obra de Tavares (2012, p.37):

> O art. 39 estabelece no *caput* o regime da adoção e logo diz no § 1o que a adoção é medida de exceção, que somente será dada nos casos de serem infrutíferos os meios tentados para manter a criança ou adolescente, no círculo da família natural em primeiro lugar, ou mesmo da família extensa, a nova figura de família conceituada no parágrafo único do artigo 25 deste Estatuto, criação da Lei n. 12.010, de 03.08.2009. E mais: reafirma expressamente a irrevogabilidade da adoção, em todo e qualquer caso. A irrevogabilidade da adoção transforma o estado de filiação em definitivo. Nenhum ato de vontade das partes, nem com a chegada à maioridade do adotado com capacidade civil plena, nem mesmo decisão judicial terá força para extinguir esse vínculo se constituído por ato jurídico perfeito e acabado.

Além do mais, a adoção pressupõe a perda ou extinção do poder familiar, sendo ainda vedada a adoção pelos ascendentes e irmãos, não se estendendo tal vedação aos demais parentes, portanto, trata-se de rol taxativo, conforme interpretação do art. 39§1º c/c art. 42§1º, do ECA.

Lado outro, embora a adoção pressuponha a destituição do poder familiar, nem sempre haverá um procedimento contencioso, ou seja, em que há resistência por parte dos pais em sua consecução, haja vista ser possível a entrega voluntária

pelos pais do filho para a adoção, conforme o contido no art. 19-A e seguintes, do ECA.

Para que se proceda a adoção é necessário o preenchimento de alguns requisitos, dentre os quais: **a)** ser precedida de medidas efetivas de manutenção ou reintegração da criança ou adolescentes adotando em sua família de origem. (art. 39, §1º, do ECA); **b)** atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, devendo, ainda, fundar-se em motivo legítimo, já que ostenta caráter excepcional (art. 43, do ECA); **c)** idade mínima de 18 (dezoito) anos para o adotante, bem como idoneidade para assunção dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar (art. 42, *caput,* do ECA); **d)** diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre o adotante e o adotando (art. 42, §3º, do ECA); **e)** idade máxima do adotando de 18 anos de idade incompletos, salvo se já estiver sob guarda ou tutela dos adotantes. (art. 40 c/c art. 2º, §único, do ECA); **f)** colheita do consentimento do adotando quando já tiver 12(doze) anos de idade (art. 45, §2º do ECA)

Destaca-se, ainda, a necessidade de prévia inscrição dos adotantes em cadastro de adoção, no âmbito local (Comarca), estadual e nacional, conforme previsão contida no art. 50, do ECA, cuja inobservância, pode configurar a denominada adoção *intuitu personae*, que será tratada de modo mais específico no próximo tópico.

4 A adoção *intuitu personae* e a doutrina da proteção integral

A adoção *intuitu personae* caracteriza-se pela intervenção direta dos pais biológicos na escolha dos adotantes, em momento anterior a atuação do Poder Judiciário, havendo, pois, uma adoção dirigida.

Cabe, neste sentido, transcrever o entendimento de Maciel (2016, p. 380): ”Nesta modalidade de adoção há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, ocorrendo esta escolha em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário”.

Donizetti (2017, p. 150), ao tratar sobre os atos jurídicos conceitua os *intuitu personae* como sendo aqueles que são praticados em razão da pessoa que possua determinadas características que são levadas em conta pelo sujeito do ato, ou seja, em consideração à pessoa.

Para alguns juristas, ao admitir a adoção *intuitu personae* estar-se-ia permitindo burla ao sistema legal, isto porque, conforme afirmado alhures, pelo sistema legal a adoção, via de regra, deve ser precedida da análise do cadastro de adotantes, existente em cada comarca.

Existe, ainda, um cadastro em âmbito estadual e nacional, além de um específico para adoção internacional, em que são inseridas as crianças e os adolescentes em condições de serem adotadas, bem como as pessoas que preencham os requisitos para adoção.

O art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe:

> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. § 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público. § 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.§ 3o A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Outro argumento comumente utilizado por alguns doutrinadores é o da presunção do pagamento de retribuição financeira dos adotantes aos pais biológicos, como uma espécie de "venda" da criança ou adolescente.

Dentre os autores que já se manifestaram desfavoravelmente a esta modalidade de adoção, destaca-se Maria Helena Diniz (2011, p. 554-555), vejamos:

> E, além disso, apenas será admitida a adoção que, fundada em motivos legítimos, constituir efetivo benefício para o adotando por apresentar-lhe reais vantagens (Lei n. 8.069/90, art. 43), visto que não há adoção intuitu personae, pois o juiz é quem terá o poder-dever de optar pela família substitutiva adequada e não os pais da criança a ser adotada, e muito menos os adotantes. O Poder Judiciário é que analisará a conveniência ou não, para o adotando, e os motivos em que funda a pretensão dos adotantes, ouvindo, sempre que possível, o adotando, levando em conta o parecer do Ministério Público. O juiz deverá agir com prudência objetiva, verificando se os adotantes têm condições morais e econômicas de proporcionar um pleno e saudável desenvolvimento físico e mental ao adotando. Tutela-se o superior interesse do adotado, proporcionando-lhe uma melhor qualidade de vida, fundada no afeto e na convivência família.

Contrário também à adoção *intuitu personae* o magistrado Rodrigo Faria de Souza (2009), afirma que a entrega do adotando a pessoa não cadastrada poderia frustrar as expectativas daquele que é previamente habilitado, ocasionando o

desestímulo a pretensos habilitantes, além de expor a risco a criança ou adolescente ao ser entregue a pessoas despreparadas.

No entanto, a própria Lei estatutária admite, excepcionalmente, que a adoção seja feita por pessoa não cadastrada, nas seguintes hipóteses (art. 50§13, do ECA):

> § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:
> I - se tratar de pedido de adoção unilateral;
> II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
> III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.
> § 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.

Constata-se, portanto, da própria norma legal certa flexibilização quanto à observância do cadastro de adotantes em que poderia enquadrar-se a adoção *intuitu personae*, de modo mais específico ao contido no art. 50§13, III, sobremodo quando formado vínculo de afinidade e afetividade do adotando com os pretensos adotantes e desde que ausente qualquer recompensa financeira ou de outra natureza, bem como a subtração forçosa pelos adotantes.

Além do mais, parcela considerável da doutrina admite a adoção *intuitu personae*, estabelecendo o melhor interesse da criança e do adolescente como critério balizador, a ser verificado em cada caso concreto, perquirindo os laços de afetividade e afinidade estabelecidos entre o adotando e os adotantes e, portanto, a estabilidade da relação socioafetiva.

Cabe, neste sentido, transcrever trechos das obras de Galdino Augusto Coelho Bordallo e Maria Berenice Dias, respectivamente, *in verbis:*

> [...] Com o nascimento da criança, esta é entregue à família substituta. Aqui começam a surgir os problemas que devem ser analisados. O primeiro deles diz respeito aos pais biológicos escolherem quem serão os pais afetivos de seu filho. Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são os detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem-estar de seu rebento. Temos de deixar de encarar os pais que optam por entregar seu filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo amor e carinho por seu filho, buscando aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar esta escolha. Já

> ouvimos muitas argumentações contra esta possibilidade. Levanta-se que ao se permitir que os pais entreguem diretamente seu filho, estar-se-á compactuando com a "venda" de uma criança, pois os adotantes podem ter dado algum dinheiro ou favorecimento de qualquer outra ordem para a mãe em troca de seu filho e tal fato viola a dignidade humana. (BORDALHO, Galdino Augusto Coelho Bordalho, 2015, p. 380)
>
> Só que nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe considera serem os pais ideais para o seu filho. Esta é a posição do IBDFAM cristalizada em enunciado. Cabe 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 ele depois da morte, não se justifica negar o direito de escolher a quem dá-lo em adoção. Aliás, não se pode olvidar que o encaminhamento de crianças à adoção requer o consentimento dos genitores (ECA 166). (DIAS, Maria Berenice Dias, 2016, p.835)

De acordo com Venosa (2018, p.342), o fato do pretenso adotante não estar cadastrado não pode servir de óbice ao pedido de adoção.

Corrobora, ainda, pela admissibilidade da adoção *intuitu personae* o entendimento consagrado no Enunciado 13 do IBDFAM*: "*Na hipótese de adoção i*ntuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes".

O Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar a matéria, já se posicionou da seguinte forma:

> HABEAS CORPUS. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C COM ADOÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. CADASTRO DE ADOTANTES. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1.- Não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- **A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, como no presente caso**. 3.- Ordem concedida. (HC 294.729/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe de 29/08/2014) grifos nossos
>
> RECURSO ESPECIAL - **AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS** - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL

> PROVIDO. I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido. (REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010) grifos nossos

De modo semelhante, o eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme demonstra os excertos a seguir:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO. - O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira". - Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o

> deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuito personae'. - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança. - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG - Apelação Cível 1.0194.12.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015)

Desse modo, evidencia-se o entendimento dos Tribunais quanto à viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae e* a sua compatibilidade com a doutrina da proteção integral, isto porque deve-se primar sempre por atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, com o qual coaduna a colocação da criança e do adolescente, em família substituta que lhe oferte afeto e condições dignas de sobrevivência.

Outrossim, embora em momento posterior à entrega da criança ou adolescente aos adotantes, o Ministério Público e o Poder Judiciário intervirá, atuando na fiscalização das reais condições em que realizada a adoção, desenvolvendo o estudo psicossocial e empreendendo as demais diligências necessárias à elucidação dos fatos, de modo a afastar qualquer tentativa de fraude e, consequentemente, violação a doutrina da proteção integral e só então consolidando juridicamente a adoção *intuitu personae.*

5 Considerações finais

Como visto, ainda pairam controvérsias doutrinárias acerca da viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae*.

Por outro lado, a jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, ao debruçar-se sobre casos concretos, tem procedido a uma análise sistemática e axiológica do arcabouço jurídico de proteção aos interesses da criança e do adolescente, de modo a consagrar em maior amplitude os princípios norteadores de tal sistema.

Assim, ao atentar-se para o fim social a que se destina o Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se afirmar a viabilidade jurídica da adoção *intuitu personae*,

contanto reste evidenciado o vínculo socioafetivo do adotando com os adotantes, bem como a idoneidade destes e a inexistência de qualquer retribuição pecuniária ou favorecimentos de outras espécies.

Por conseguinte, faz-se necessário desapegar-se da interpretação meramente gramatical do texto da Lei, que nem sempre, por si só, atende aos anseios e necessidades dos indivíduos, ainda mais quando se fala em criança e adolescente, os quais necessitam não só de uma família formal, mas sobremodo de afeto, não podendo os formalismos, como cadastro de adotantes, servir de impedimento ao seu alcance, de modo a favorecer, de fato, a consecução dos objetivos da doutrina da proteção integral e de modo especial o seu melhor interesse.

Referências

BRASIL, **Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 2002**. Instituiu o Código de Menores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL, **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Enunciado nº 13**. Na hipótese de adoção i*ntuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 294.729/SP**, Relator: Ministro Sidnei Beneti, julgado em 07/08/2014. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1172067/MG**, Relator: Ministro Massami Uyeda, julgado em 18/03/2010. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0134.12.003460-5/001**, Relator(a): Des.(a) Gilson Soares Lemes, julgamento em 15/10/2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia> Acesso em: 08 jan. 2019

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0194.12.006162-8/002.** Relatora: Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, julgamento em 27/01/2015. Disponível em: < https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 08 jan. 2019

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev, atual e ampl – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - direito de família**. 26. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELHA, Felipe. **Curso didático de Direito Civil**. 6. ed. rev, atual e ampl – São Paulo: Atlas, 2017.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos**, 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente**. 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 10/01/2019

SOUZA, Rodrigo Farias de. **Adoção dirigida: vantagens e desvantagens**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45. p. 187, jan. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.