Reconstruindo a adoção: para uma aplicação constitucionalmente adequada a parir da adoção *intuitu personae*

TÁBATA PAIVA MARIANO
Pós-Graduanda em Direito de Família da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Advogada.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo estudar o instituto da adoção em suas origens, suas delineações legislativas até os dias atuais e como se dá sua aplicabilidade. Para tanto, será feita uma análise aprofundada da adoção, conceito, natureza jurídica e finalidade. Em seguida, analisará as codificações e leis vigentes a respeito da adoção. Prosseguindo, será tratada as modalidades de adoção, inclusive a *intuitu personae* objeto deste estudo. Será anali-

sado ainda a Lei 12.010/09 que trouxe alterações significativas para o instituto. Por fim, discutirá a admissibilidade constitucional da adoção *intuitu personae* diante da omissão legislativa em confronto com os princípios constitucionais. Assim, o presente trabalho tem sua relevância por fazer uma análise sob a perspectiva da realidade brasileira em confronto com a letra fria da lei.

Palavras-chaves: adoção *intuitu personae* - princípios - cadastro de adotantes - vínculos afetivos.

Abstract: This work aims to study the institute of adoption in its origins, its legislative delineations to the present day and how it is applied. To do so, an in-depth analysis of the adoption, concept, legal nature and purpose. It will then review the existing codifications and laws regarding

adoption. Continuing, will be treated the adoption modalities, including the *intuitu personae* object of this study. It will also be analyzed Act 12.010/20009 that brought significant changes to the institute. Finally, he will discuss the constitutional admissibility of the *intuitu personae* adoption in the face of legislative omission in comparison with constitutional principles. Thus, the present work has its relevance for making an analysis from the perspective of the brazilian reality in confrontation with the cold letter of the law.

Keyword: adoption *intuitu personae* - principles - aplication of adopters - affective bonds.

Introdução

O presente estudo alude sobre o ramo do Direito de Família, tendo por ob-

jeto o estudo do instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro em sua modalidade chamada *intuitu personae*, conhecida também como adoção dirigida.

Este trabalho tem como objetivo avaliar o instituto da adoção e em especial a adoção *intuitu personae*, a adequação constitucional da aplicação diante da principiologia prevista no ordenamento jurídico brasileiro atual bem como os ditames legais a seu respeito.

Na confecção deste trabalho, o método utilizado foi o analítico, possibilitando a construção de um conhecimento mais aprofundado sobre o tema. A análise partiu de uma pesquisa à legislação, doutrina, livros específicos, artigos científicos e revistas especializadas sobre o tema em questão. Além disso, para obter um enriquecimento da análise, o instituto foi estudado também em sua aplicação, por intermédio do contexto jurisprudencial.

O tema foi escolhido pela relevância do assunto para a sociedade, já que esta forma de adoção é recorrente na realidade brasileira. É um tema que requer cuidado especial ao ser tratado, por se tratar de destinatários hipossuficientes, que são as crianças e os adolescentes, exigindo-se uma visão humanizada ao instituto em comento.

Embora a adoção seja um assunto com raízes remotas, ou seja, surgiu desde a antiguidade, na atualidade ainda não é um assunto superado e esgotado ao ponto de não ser passível de ser reconstruído ou simplesmente estudado na atualidade.

No primeiro capítulo, será explorado as legislações vigentes e suas alterações a fim de aperfeiçoar o instituto e adaptá-lo a uma nova perspectiva de como se dá a adoção nos dias atuais.

No segundo capítulo, será brevemente analisado as modalidades de ado-

ção, dentre elas a adoção *intuitu personae* e suas controvérsias.

No terceiro capítulo, será apreciada a Lei 12.010/2009 que trouxe modificações significativas para a adoção, alterando diversos dispositivos no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente bem como na Consolidação das Leis Trabalhistas. Outrossim, a análise também do procedimento de adoção previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, o capítulo quatro da aplicação da adoção *intuitu personae*, como forma de garantir a efetivação da principiologia inserida no Direito de Família bem como a concretização das finalidades da adoção previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tratando os argumentos a favor de sua institucionalização diante de sua evidente inserção na realidade brasileira e argumentos contrários à sua utilização. Desta forma, o seu reconhecimento

seria uma conformação da lei com a realidade prática.

1. O contexto da adoção na Constituição de 1988

Ao longo do século XX, as transformações sociais foram gerando uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, a feição do direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição Federal de 1988.[1]

A adoção na Carta Magna passa a ser um ato complexo, exigindo-se uma sentença judicial e efetiva-se com a assistência do Poder Público, pelo que se pode apreender da leitura do artigo 227, § 5º da

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, p. 29-30.

Constituição,[2] entende-se assim que a adoção se torna matéria de interesse geral e de ordem pública.

Em face da igualdade constitucional, não vigora mais em relação ao filho adotivo, as restrições aos direitos hereditários,[3] bem como foi eliminada qualquer forma de discriminação de filiação[4]. A posição

[2] A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

[3] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.371.

[4] CF/88: 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.

de filho se torna definitiva e irrevogável na família, efetivando-se agora a adoção com a assistência do Poder Público, uma vez que desliga o adotado de seus familiares biológicos para atrelar-se aos novos laços de parentesco e de fato a criança se tornou o real interessado na busca por uma família.

Com a criação do ECA, o Código de Menores (Lei 6.697/79) foi revogado e a adoção passa e ser orientada por duas legislações: o ECA para crianças e adolescentes, submetendo-se ao Poder Judiciário, e mais tarde este instituto sofrerá alterações pela Lei 12.010/09 e o Código Civil de 1916 regula a adoção de maiores de 18 anos que efetiva-se através de escritura pública, esta última, posteriormente sofre-

rá alteração com a criação de um novo Código Civil de 2002.[5]

O ECA trouxe como principal inovação a regra de que a adoção seria sempre plena para os menores de 18 anos. A adoção simples por sua vez ficaria restrita para aqueles que houvessem completado esta idade.[6]

A idade para adotar foi reduzida para 21 anos,[7] independente do seu estado civil. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de

---

[5] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, p. 255 e 260.

[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cot.*, p.366-367.

[7] Lei 8.069/90, art. 42 Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.[8] Manteve-se a diferença de idade entre adotante e adotado em 16 anos.[9]

A necessidade do estágio de convivência passou a ser previsto, sendo este dispensado nas hipóteses em que o adotado não tiver mais de um ano de idade ou se independente de sua idade, já estiver na

[8]Lei 8.069/90, art. 42 (...) § 4º Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

[9] Lei 8.069/90, art. 42 (...) § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

companhia do adotante por tempo suficiente para a criação de vínculos.[10]

Inovou em prever a necessidade do consentimento da criança que contar com mais de 12 anos,[11] uma vez que com o avançar das codificações e aperfeiçoamentos no instituto em cada vez mais atender a função social da família tratando a criança e ao adolescente como principais beneficiários da adoção, não mais tratando-os como objeto de negócio jurídico.

---

[10] Lei 8.069/90, art. 46, § 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

[11] Lei 8.069/90, art. 45 (...) § 2º Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Para os menores de 12 anos permaneceu a exigência do consentimento dos pais ou do seu representante legal.[12] Dispensa-se o consentimento na hipótese de os pais serem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.[13] A adoção pelos tutores e curadores passou a ser condicionada à prévia prestação de contas.[14]

[12] Lei 8.069/90, art. 45 A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

[13] Lei 8.069/90, art. 45 (...)§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

[14] Lei 8.069/90, art. 44 Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

A adoção é ato irrevogável[15] e se constitui por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual fornecerá certidão.[16] O adotado passa a ser incorporada de forma integral na família constando em seu novo registro os nomes dos adotantes e seus ascendentes podendo até mesmo mudar o seu prenome,[17] cancelando o registro original.[18]

[15] Lei 8.069/90, art. 48 A adoção é irrevogável.

[16] Lei 8.069/90, art. 47 O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

[17] Lei 8.069/90, art. 47 (...) § 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

[18] Lei 8.069/90, art. 47, § 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

Com a morte dos adotantes não restabelece o poder parental dos pais naturais,[19] pois o parentesco passa a ser absoluto atingindo tanto a linha reta quanto a colateral. O direito sucessório é recíproco entre o adotado e o adotante, bem como os ascendentes, descendentes e colaterais deste, inclusive os alimentos passam a ser devidos e cobrados dos demais parentes.[20]

O Código Civil brasileiro de 2002 entrou em vigor através da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disciplinando a adoção nos artigos 1.618 a 1629, repete alguns dispositivos do ECA, e em deter-

[19] Lei 8.069/90, art. 49 A morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

[20] Lei 8.069/90, 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.

minados casos orienta que se reporte as regras gerais deste e ainda reafirma os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

A idade dos adotante foi reduzida para 18 anos[21] e a diferença de idade entre este e o adotado permaneceu em 16 anos[22] e 18 anos de diferença entre adotante e adotado,[23] em seguida a referida lei reduziu de 50 para 30 anos a idade mínima dos adotantes.[24] Com a entrega em vigor do CC/2002 não só os cônjuges podem adotar, mas também a possibilidade de ado-

[21] Lei 10.406/2002, art. 1.618 Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.

[22] Lei 10.406/2002, art. 1.619 O adotante há de ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado.

[23] Lei 3.071/16, art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado.

[24] Lei 3.133/57 Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.

ção pelos companheiros,[25] tutores e curadores após prestação de contas por estes passou a ser prevista e em relação aos divorciados e separados judicialmente[26] repetiu-se a regra prevista no ECA.

Assim, como já previu o ECA quando criado, o CC/2002, reforçou a necessidade de a adoção ser condicionada ao con-

[25] Lei 10.406/2002, art. 1.618 (...) Parágrafo único: A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

[26] Lei 10.406/2002, art. 1.620 Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado. art.1.622. (...) Parágrafo único: Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

sentimento dos pais ou dos representantes legais do adotado[27] e dispensa-se o consentimento do representante legal do menor infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar.[28] O consentimento poderá

[27] Lei 10.406/2002, art. 1.621 A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste se contar mais de doze anos.

[28] Lei 10.406/2002, art. 1.624 Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

ser revogado até a publicação da sentença.[29]

O ato da adoção não mais se consumava com a Escritura Pública, aperfeiçoando-se agora, perante o juiz da vara da infância e juventude com a intervenção do Ministério Público.[30]

Na atualidade a adoção, regula-se pela Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009, os quais alteram disposições do ECA e revogou expressamente os artigos do 1.620 a 1.629 do CC/02, permaneceu os artigos 1.618 e 1.619 do mesmo *codex*, porém com novas redações.

---

[29] Lei 10.406/2002, art. 1.621 (...) § 2º O consentimento previsto no caput é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

[30] Lei 10.406/2002, art. 1.623 A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.

Esta mesma Lei alterou a Lei 8.069/1990 (ECA) acrescentando e aperfeiçoando alguns dispositivos, priorizando a manutenção e reintegração na família natural ou extensa, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente reafirmando a doutrina da proteção integral.

2. Modalidades de adoção

No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se várias modalidades de adoção; como: a adoção "à brasileira", a adoção bilateral, a adoção unilateral, a adoção póstuma, a adoção internacional, a adoção homoparental e a adoção *intuitu personae.*

A adoção à brasileira constitui um crime contra o estado de filiação, que se encontra previsto no artigo 242 do Código

Penal,[31] pois consiste em uma supressão ou alteração no estado de filiação registrando como sendo seu, o filho de outrem.

No entanto, nos raros casos em que se descobre esta prática, a criança ou o adolescente já estabeleceram um vínculo afetivo entre estes de modo que a extinção desta relação traria prejuízos psicossociais para aquele indivíduo em formação. Embora esta prática configura um crime, dificilmente há punição, devido à motivação afetiva da pessoa que se propõe a declarar-se pai de uma criança sem sê-lo.

A adoção bilateral é aquela em que duas pessoas, conjuntamente e desde que estejam casadas ou vivem em união estável postulam a adoção, comprovada a es-

[31] CP, Art. 242 Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

tabilidade da família. Após a edição da Lei 12.010/2009 a adoção bilateral passou a ser chamada de adoção conjunta conforme a nova redação dada por esta lei. A adoção bilateral por divorciados, separados ou ex companheiros, está prevista no artigo 42, §4º do ECA,[32] que prevê que nestas condições deve-se haver um acordo sobre a guarda e o regime de visitas e o estágio de convivência entre eles e o adotado deve ter se iniciado no período de convivência.

[32] Lei 8.069/90, art. 42, § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

A adoção unilateral, ocorre quando um(a) companheiro(a) não genitor(a) dos filhos do outro manifesta sua vontade em tê-los como filhos. Esta adoção está prevista no artigo 46, § 1º do ECA,[33] sendo permitida quando o filho de um dos genitores convive com o companheiro ou o cônjuge deste genitor criando-se com este o vínculo civil, como se ocupasse o lugar de um dos pais biológicos.

A adoção póstuma é aquela que é concedida após a morte do adotante desde que tenha manifestado, de forma inequívoca, sua vontade de adotar. A adoção póstuma encontra fundamento jurídico no

[33] Lei 8.069/90, art. 41 (...)§1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

artigo 42, §6º do ECA,[34] sendo deferida após inequívoca manifestação de vontade do adotante, e este vier a falecer no curso do procedimento de adoção, antes de prolatada a sentença. Buscou o legislador beneficiar o adotando para que este não se frustrasse com a negativa da adoção cumulada com o sofrimento pela perda do adotante, o vínculo da adoção será constituído por sentença judicial e seus efeitos serão produzidos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva,[35] e a adoção póstuma constitui uma exceção à

[34] Lei 8.069/90, art. 42 A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

[35] Lei 8.069/90, art. 42, § 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

esta regra, uma vez que os efeitos da sentença serão retroativos à data do falecimento (*ex tunc*).[36]

A adoção internacional pode ser conceituada de acordo com o artigo 51 do ECA, como sendo aquela em que pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil.

A Resolução 190 do Conselho Nacional de Justiça de 01 de abril de 2014[37] e a Resolução 54 do Conselho Nacional de Justiça permitiram a inclusão no Cadastro Nacional de Adoção de candidatos que residem no exterior, seja brasileiro ou estrangeiro, desde que estes estejam habi-

[36] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.435.

[37] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_190_01042014_03042014151312.pdf>. Acesso: 28 março 2016.

litados nos tribunais estaduais, de modo que, esgotada a possibilidade da adoção nacional, a adoção internacional, representa oportunidade para os infantes serem acolhidos em família substituta. Na adoção internacional, os brasileiros que residem no exterior terão preferência aos interessados estrangeiros.[38]

Quanto a adoção homoparental, apesar de o tema ser um assunto muito discutido nos últimos tempos, não há dispositivos legais que impeçam a adoção por casais homoafetivos, e isso não poderia ocorrer, pois a Constituição preceitua que é vedado o preconceito de origem, raça, cor, idade ou quaisquer outras formas de dis-

[38] Lei 12.010/2009, art. 51 (...) § 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.

criminação[39] e ainda determina que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".[40] Desta forma, negar uma adoção com base na orientação sexual, equivaleria à uma distinção que a própria Carta Magna veda.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 em 2011 e no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, colocando fim às dúvidas sobre a possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo.

---

[39] CF, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[40] CF, art. 5º, *caput*.

A adoção *intuitu personae* ocorre quando os pais biológicos escolhem os adotantes, ou seja, eles direcionam à um casal específico o adotando, isto se dá de forma extrajudicial, ou seja, sem a chancela do Poder Judicial. Diferentemente do que ocorre com a adoção convencional, em que os pais biológicos entregam seu filho para a adoção, mas nem ao menos asbe para qual família serão destinados.

O termo *intuitu personae* remete à ideia de algo que se realiza em consideração à pessoa.[41]

Também, é possível encontrar as expressões "*adoção dirigida"* e "*adoção consensual*", para fazer referência à adoção *intuitu personae,* no entanto estas expressões são usadas com pouca frequên-

[41] INTUITU PERSONAE. ABLJ - Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Dicionário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 470.

cia, ou ainda conforme De Plácido e Silva "intuitu personae" é uma terminologia jurídica que se usa no âmbito dos contratos que se firmam, ou nas obrigações que se contraem, em consideração especial às pessoas. São obrigações assumidas em função de particulares virtude ou qualidades especiais do outro contratante, que não comporta substituição.[42]

Nesta espécie de adoção, os pais entregam a criança para aqueles que entendam ser seus melhores substitutos, levando em consideração características pessoais do(s) adotante(s).

Na maioria dos casos, os adotantes não tinham interesse de adotarem uma criança, mas com o convívio com aquela criança adquirem a afetividade e surge o

[42] ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 11.

interesse pela adoção. Neste momento, os interessados encontram os primeiros obstáculos na regularização da adoção.

Esta modalidade de adoção, não tem sua previsão expressa na legislação brasileira e por isso há uma tendência em não reconhecer o direito de a mãe escolher a quem entregar seu filho, e quando deferido o pedido de uma adoção *intuitu personae* vários são os argumentos usados para este pedido, podendo citar alguns como, a omissão do legislador a respeito do assunto, a criação de vínculos afetivos já sedimentados e a observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente fazendo uso inclusive de analogias diante da obscuridade da legislação.

3. Da Lei 12.010/2009

Na atualidade, a adoção se orienta pela Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009,

conhecida como Lei Nacional da Adoção que alterou dispositivos da Lei 8.069/90 (ECA), revogou dispositivos da Lei 10.406/02 (CC/2002) e da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). A Nova Lei de Adoção acrescentou artigos ao ECA, bem como trouxe nova redação a outros dispositivos e revogou expressamente alguns artigos. As mudanças trazidas por esta lei alteraram ainda algumas expressões, como, "abrigo" por "acolhimento institucional".[43]

Em relação ao acolhimento institucional, a Nova Lei determinou a reavaliação periódica de crianças e adolescentes que se encontram em acolhimento familiar ou institucional, a cada 6 meses no máxi-

[43] Lei 12.010/2009, art. 90. (...) IV - acolhimento institucional.

mo, por equipe interprofissional ou multidisciplinar.[44]

Foi estipulado ainda que o prazo de permanência de criança e de adolescente em instituições de acolhimento deve ter duração máxima de 2 anos, exceto quando houver alguma necessidade comprovada que atenda ao interesse da criança ou do adolescente.[45]

---

[44] Lei 12.010/2009, art. 19 (...) § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

[45] Lei 12.010/2009, art. 19 (...) § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais

A imposição de manutenção ou reintegração à família de origem como prioridade e preferência em relação à colocação em família substituta, é também uma regra proveniente desta Nova Lei de Adoção.[46] E quando colocado em família substituta a criança ou adolescente devem ser ouvidos por uma equipe interprofissional.[47]

---

de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciárria.

[46] Lei 12.010/2009, art. 19 (...) § 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

[47] Lei 12.010/2009, art. 28 (...) § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de

A expressão "pátrio poder" também foi substituída, adaptando todos os artigos para "poder familiar".[48] Conforme ensina Silvio Rodrigues o pátrio poder no direito romano é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de con-

compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

[48] A expressão "pátrio poder" contida nos atrs. 21, 23,24, no parágrafo único do art. 36, no § 1º do art. 45, no art. 49, no inciso X do caput do art. 129, nas alíneas "b" e "d" do parágrafo único do art. 148, nos arts. 155, 157, 163, 166, 169, no inciso III do caput do art. 201 e no art. 249, todos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como na Seção II do Capitulo III do Título VI da Parte Especial do mesmo Diploma Legal, fica substituída pela expressão "poder familiar".

solidar a família romana, célula-base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce.[49]

O poder familiar modernamente pode ser conceituado de acordo com Carlos Roberto Gonçalves como o "conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".[50] Ou ainda, conforme Silvio Rodrigues, "é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes".[51]

O conceito de família foi expandido além daquele núcleo que compreendia o pai e a mãe, sendo inserido ao ECA a fi-

[49] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 397.
[50] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 396.
[51] RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 398.

gura da "família extensa" ou "ampliada".[52]

Com esta nova legislação, a idade mínima exigida para os adotante foi reduzida de 21 anos para 18 anos, independentemente do seu estado civil, ou seja, podem ser solteiros, casados ou viúvos desde que tenham capacidade sendo que, para estes últimos, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do casamento lhes será legítimo adotar, pois com as diversas alterações legislativas com intuito de adequar o procedimento para a adoção de modo a sempre atender com eficácia as necessidades da época

[52] Lei 12.010/2009, art.25 (…) Parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

em que se encontra a sociedade, aboliu-se a exigência do matrimônio como condição para deferimento de uma adoção.[53]

No entanto, para a adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável comprovada a estabilidade familiar. Esta disposição poderia ser um empecilho para a adoção por casais homoafetivos, no entanto esta discussão encontra-se já superada sob a ótica legislativa.[54]

---

[53] Lei 12.010/2009, art. 42 Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[54] O reconhecimento de casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar, por analogia à união estável, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, apre-

Para a adoção póstuma é necessário a inequívoca manifestação de vontade do pretendente à adoção que vier a falecer no curso do procedimento de adoção. Convém ressaltar que neste tipo de adoção em especial, a situação se apresenta ainda mais delicada, pois o adotado já frustrado pelo seu abandono ainda terá que lidar com a perda do seu adotante, assim cabe aos operadores do direito se aterem não só à letra da lei, mas deve-se levar em conta a real vantagem a que se destina o instituto da adoção.[55]

---

sentada pelo governador do Estado do Rio de Jáneiro. Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

[55] Lei 12.010/2009, art. 42, § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A competência para a adoção de menores de 18 anos é exclusiva da Vara da Infância e Juventude.

O adotando deve ter diferença de 16 anos de idade em relação ao adotante e se maior de 12 anos permanece a regra de que o adotado pode manifestar sua vontade[56] em relação a adoção sendo acompanhado sempre que possível por equipe interprofissional[57] e manteve-se a condição

[56] Lei 12.010/2009, art. 45, § 2º Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

[57] Lei 12.010/2009, art. 28, §1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

de autorização do representante legal ou dos pais para a adoção.[58]

O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente em que os pais foram destituídos do poder familiar ou sejam desconhecidos.[59]

O consentimento poderá ser retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção, conforme nova redação do artigo 166, § 5º do ECA atribuída por esta lei em epígrafe.[60]

---

[58] Lei 12.010/2009, art. 45 A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

[59] Lei 8.069/90, art. 45 (...)§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

[60] Lei 12.010/2009, art. 166 (...) § 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

Quanto ao estágio de convivência, o requisito para sua dispensa foi modificado, retirando a previsão de dispensa quando o adotado tivesse menos de 1 ano de idade e estabeleceu que seria suficiente a criança estar sob guarda ou tutela por um tempo considerável para se avaliar a conveniência da medida, não sendo a guarda de fato suficiente por si só para tanto.[61]

Foi acrescentado ao rol de adotantes, a possibilidade de adoção pelos divorciados e separados judicialmente e de ex-companheiros, acrescentando a exigência para este último, além do consenso sobre guarda e visitas e o início do estágio de convivência na constância da união, o re-

[61] Lei 12.010/2009, art. 46 (...) §1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

quisito da comprovação de vínculos de afetividade e afinidade com o não-detentor da guarda[62] e estabelecendo a preferência legal, nestes casos, à guarda em sua modalidade compartilhada.[63]

O ECA, em conformidade com a Nova Lei de Adoção, passou a prever e garantir expressamente que o adotado tem

[62] Lei 12.010/2009, art. 42 (...) § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

[63] Lei 12.010/2009, art. 42 (...) § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

direito de conhecer sua origem e devido a isso o processo de adoção bem como outros a ele relacionados serão armazenados de forma que sua conservação seja garantida para ser consultada a qualquer tempo.[64]

A Resolução 54, de 29 de abril de 2008[65] criou o Banco Nacional de Cadastro[66], implantado pelo Conselho Nacional

[64] Lei 12.010/2009, art. 47 (...) § 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo.

[65]Resolução 54. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_54.pdf> Acesso: 28 abril 2016.

[66] Resolução 54, art. 1º O Conselho Nacional de Justiça implantará o Banco Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para a adoção,

de Justiça, que conforme a referida Resolução, foi estabelecido um cadastro para crianças e adolescentes disponíveis à adoção e outro para os pretendentes à adoção.

A Lei 12.010/2009, quando entrou em vigor, deu novas orientações, ao acrescentar diversos parágrafos ao artigo 50 do ECA, e foi com esta lei que o cadastro recebeu *status* legal e passou a ser conhecido como Cadastro Nacional de Adoção, pois passou a ter previsão nos três níveis federativos, com o fim de consolidar dados de todas as comarcas da federação, tendo como principal objetivo, auxiliar os juízes na condução dos procedimentos de adoção, atendendo as demandas da sociedade e desburocratizar o processo de adoção.

após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados.

No artigo 50, *caput* do E.C.A, alterado pela Nova Lei, passou a exigir que em cada comarca ou foro regional tenha um registro de crianças e de adolescentes aptos a serem adotados e outro registro de adotantes aptos para a adoção,[67] sendo condicionada a inscrição dos interessados aos requisitos legais fixados em lei.[68]

Através da leitura deste artigo, a inscrição de interessados à adoção em cadastros específicos torna-se indispensável.

---

[67] Lei 8.069/90, 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.

[68] Lei 8.069/90, art 50 (...) § 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

O Cadastro Nacional de Adoção consiste em um banco de dados, que armazena informações sobre as crianças e os adolescentes aptos a serem adotados e também dados relativos aos pretendentes à adoção.

Passou a ser previsto que para a inscrição dos interessados à adoção há a necessidade de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientada pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude,[69] sendo preferencialmente que nesta preparação se inclua o contato com crianças e adolescentes em acolhimento

[69] Lei 12.010/09. Art.50, § 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.

familiar ou institucional em condições de serem adotadas.[70]

Com esta lei, os cadastros passaram a ser previstos no âmbito nacional e estadual de crianças e adolescentes aptos à adoção[71] e haverá cadastros distintos para interessados em adotar que residem fora do País que serão consultados apenas di-

[70] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

[71] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.

ante da inexistência de pessoas aptas nos cadastros de residentes no Brasil[72] e as entidades federais e estaduais em relação a adoção, terão acesso ao cadastros de forma integral para troca de informações e para cooperação mútua de forma a dar efetividade ao sistema de adoção.[73]

A autoridade judiciária tem o prazo de 48 horas para inscrever na comarca de origem, a criança ou o adolescente que não foram reinseridos em sua família e estão em condições de serem adotadas. E es-

[72] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 6º Haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros mencionados no § 5º deste artigo.

[73] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 7º As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema.

te mesmo prazo para inscrever as pessoas ou casais que se habilitaram à adoção.[74]

A alimentação e manutenção dos cadastros será da competência da Autoridade Central Estadual[75] e ao Ministério Público incumbe a fiscalização destes cadastros.[76]

---

[74] Lei 12.010/2009, art. 50 (...)§ 8º A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua hábilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.

[75] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 9º Compete à Autoridade Central Estadual zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira.

[76] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 12 A alimentação do cadastro e a convocação criteriosa dos

As únicas exceções[77] à regra de inscrição prévia no cadastro de adotantes são: quando a adoção for unilateral[78], quando o pedido de adoção for formulado por parente da criança e do adolescente que

postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público.

[77] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 13 Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

[78] Já a adoção unilateral é aquela em que através da adoção, se altera uma das linhas de parentesco, a materna ou paterna.

mantenham vínculos de afinidade e afetividade ou quando o pedido for proveniente daquele que já detém a tutela ou guarda legal[79] de criança maior de 3 anos ou de adolescente mediante comprovação do estabelecimento de laços afetivos, devendo nestas hipóteses comprovar no curso do procedimento o estabelecimento de vínculos afetivos.[80]

Por outro lado, os procedimentos previstos no artigo 197 alíneas A à E que foram inclusos pela Nova Lei de Adoção prevê o procedimento da habilitação de

[79] A guarda é um direito-dever em que os pais conjuntamente ou apenas um deles devem exercer em favor de seus filhos bem como o dever de vigilância em relação a estes sem perder deu poder familiar sobre os mesmos.

[80] Lei 12.010/2009, art. 50 (...) § 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.

pretendentes à adoção e é de suma importância relembrar que se prossegue à adoção somente como última opção e quando os pais já estiverem destituídos do poder familiar.

Primeiramente os interessados em adotar devem se habilitar. Esta habilitação é requerida através de uma petição inicial, que deverá ser instruída com os seguintes documentos: pessoais dos requerentes, dos dados familiares, cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento ou declaração comprovando o período de convívio em união estável, cópias de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, comprovante de renda e domicílio, atestados de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais, certidão de distribuição cível.[81]

[81] Lei 8.069/90, art 197-A.

Proposta a petição inicial, a autoridade judiciária terá 48 horas para dar vistas ao Ministério Público, que no prazo de 5 dias poderá: designar audiência, requerer a realização de diligencias que julgar necessárias ou apresentar quesitos.[82]

Em seguida, a equipe interdisciplinar irá avaliar os pretendentes, devendo os estes participar de programa oferecido pelo Juizado para preparação à adoção, estes programas visam motivar a adoção, o desenvolvimento da criança, o contexto social da adoção, aspectos jurídicos da adoção, preconceito, entre outros. Sempre que possível, a preparação envolverá também o contato com o potencial adotando.[83]

Após isso, se o MP solicita diligências complementares o juiz terá 48 horas para decidir acerca dessas diligências re-

[82] Lei 8.069/90, art 197-B.
[83] Lei 8.069/90, art 197-C.

queridas e determinará a juntada do estudo psicossocial e, se for o caso, determinará audiência de instrução e julgamento. Em seguida abrirá vistas ao MP, terá o prazo de 5 dias para decidir.[84]

Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros previsto no art. 50, sendo observada a ordem cronológica e conforme a disponibilidade de crianças e adolescentes adotáveis, será feita a sua convocação.[85]

Ressalta-se que a ordem cronológica pode ser ignorada nas hipóteses do art. 50, §13º.

Realizada a convocação, passa-se à efetiva propositura da ação de adoção.

4. Apreciação crítica

[84] Lei 8.069/90, art 197-D.
[85] Lei 8.069/90, art 197-E, *caput*.

A adoção apresenta diversos requisitos que foram se aperfeiçoando e foram inseridos no instituto de adoção durante todo o seu desenvolvimento legislativo.

Requisitos estes que são de ordem subjetiva e objetiva, que foram revogados ou parcialmente alterados pela Lei 12.010/2009, conforme visto anteriormente.

Esta Nova Lei de Adoção, quando criada, teve como principal objetivo dar maior celeridade e desburocratizar o processo de adoção, de modo a proporcionar eficácia no processo de adoção, efetivando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e aplicar a teoria da proteção integral.[86]

[86] A Teoria da Proteção foi instituída para substituir a doutrina da situação irregular da Criança e do Adolescente oficializada pelo Código de Menores de 1979. Sua estrita observância passou a ser exigida quando inserida pela Constituição Federal

No entanto, ainda que tenha alterado grande parte dos artigos do ECA buscando aperfeiçoar ainda mais o instituto da adoção, esta lei dificultou acabou por dificultar o procedimento da adoção no Brasil, pois os excessos na burocratização procedimental fizeram com que as crianças e adolescentes se afastassem da tão sonhada adoção, que passou a ser uma última opção para a solucionar a problemática do grande número de crianças e adolescentes a espera de uma adoção e acabou por desestimular os interessados em adotar devido a morosidade processual.

Com as alterações no ECA pela Nova Lei de Adoção primeiramente, tenta-se manter a criança ou adolescente na família

---

em seu artigo 227 e foi consagrada com a criação do ECA que trouxe logo no seu primeiro artigo a previsão expressa desta teoria, que tem como seu principal objetivo garantir a concretização de seus direitos, devido a sua condição de vulnerabilidade.

biológica ou extensa, em obediência ao direito à convivência familiar[87] da criança ou adolescente assegurado constitucionalmente, com exceção aos ascendentes e irmãos que não podem adotar.[88]

Este grupo familiar não mais se limita ao pai, mãe e filhos, mas estende-se aos parentes ou avós com quem a criança ou o adolescente possua laços afetivos, considerados essenciais para o seu desenvolvimento físico, mental e social.

A pluralidade das famílias, passou a ser reconhecido com a Constituição de 1988 ao prever a união estável e a família

[87] Pode-se conceituá-la como sendo a relação afetiva e duradoura no ambiente comum, entre as pessoas que compõem o grupo familiar. (CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.10).

[88] Lei 8.069/90, art. 42 (...) § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

monoparental[89] como formas de constituição de família, rompendo com o modelo familiar fundado somente pelo no casamento.

Sobre o pluralismo na constituição de famílias e a tentativa dos códigos em acompanha-las Luiz Edson Fachin diz:

> Os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstancias mais recentes tem contribuído para dissover a 'névoa da hipocrisia' que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mú-

[89] Família monoparentais são aquelas formadas somente pelo pai ou pela mãe e seus filhos.

> tua constituição de uma história em comum[90].

Maria Berenice Dias descreve sobre a releitura do que se entende por grupo familiar:

> Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como reconhecimento pelo

[90] FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

> Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.[91]

Desta forma, os arranjos famílias passaram a ser mais amplos e as formas reconhecidas constitucionalmente pelas legislações para a formação destes novos arranjos familiares, são consideradas meramente exemplificativas, pois atualmente as relações pautadas pelo afeto vem ganhando cada vez mais o seu reconhecimento e proteção do Estado, extrapolando-se daquela célula-base da família em si e estendendo-se aos demais familiares ou pessoas com a qual a criança ou adolescente possua laços afetivos.

Esgotadas todas as tentativas de manutenção da criança e do adolescente no seio familiar o MP terá o prazo de 30

[91] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

dias para ingressar com a destituição do poder familiar após apresentado um relatório que informe a impossibilidade de reintegração na família biológica ou extensa e em regra o procedimento de destituição do poder familiar terá a duração máxima de 120 dias,[92] caminho para a possibilidade de uma adoção.

Estas tentativas em recuperar a família natural, previstas na lei ainda que necessárias, causam transtornos psicológicos tanto aos interessados à adoção quanto às crianças ou adolescente, fazendo com que estes revivam mais uma vez o sentimento de rejeição.

O corre que, não existem projetos sociais efetivos que visem trabalhar uma família desestruturada na questão emocio-

[92] Lei 12.010/2009, art. 163 O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias.

nal ou financeira para que torne esta família hígida e bem estruturada e essas famílias acabam optando por entregar a criança para a adoção.

Dentre as relações pautadas pelo afeto, que vem ganhando força juntamente com a evolução da sociedade, como já dito anteriormente, a adoção é um exemplo claro deste avanço, pois é uma forma de filiação por escolha e em especial na adoção *intuitu personae* também há a formação de vínculo pela afetividade por aquela família que recebe a criança como se seu filho fosse e se propõe a regularizar esta situação. E a opção dos pais biológicos em direcionar ou indicar qual o casal que gostariam de entregar seu filho também deve ser visto como um ato de amor.

E neste sentido, Maria Berenice Dias, reflete sobre a posição dos Tribunais sobre este assunto:

> (...) a tendência é não reconhecer o direito de a mãe escolher a quem entregar o seu filho. Aliás dar o filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor que a sua, é atitude que só o amor justifica.[93]

E continua a autora relatando como ocorre na prática a adoção:

> Pois nem isso está sendo admitido. Mesmo que a mãe entregue o filho a quem lhe aprouver, o Ministério Público ingressa com pedido de busca e apreensão, e a criança acaba sendo institucionalizada. Lá permanece até findar o processo de destituição do poder familiar, o que frequentemente chega a demorar anos. Só depois a criança é entregue em adoção ao primeiro inscrito na lista que eventualmente ainda a queira, pois, de modo

[93] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 437-438.

> geral, todos desejam adotar crianças de pouca idade.[94]

A adoção tem caráter de medida subsidiária, e quando se passa para a adoção, deve-se seguir todas as etapas e exigências procedimentais estabelecidas pela Nova Lei de Adoção.

Dentre os trâmites processuais pré-estabelecidas em lei, é necessário a prévia habilitação ao cadastro de adoção, instituído pela referida lei, e é neste momento é que se encontra o primeiro obstáculo para a adoção *intuitu personae*.

A *intuitu personae* como já estudada mais acima, diferencia-se da adoção convencional, que segue o rito legal, em que os pais biológicos devem dar o seu consentimento, estes, não escolhem nem ao menos conhecem a família para a qual a criança será adotada. Na adoção *intuitu*

[94] *Ibid.*, p. 438.

personae, os pais biológicos entregam o filho, por seu arbítrio, para quem entendam que melhor os substituirá levando em conta as características personalíssimas destas pessoas.

Maria Berenice Dias, caracteriza a adoção *intuitu personae*, como:

> Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição até porque jamais havia pensado em adotar. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, em que há o desejo de adotar determinado indivíduo.[95]

Na prática, o que se constata é que há uma inversão clara dos polos da relação jurídica. Os principais beneficiados e titulares da adoção deveriam ser a criança ou o adolescente, buscando-se no caso em concreto atingir os objetivos previstos no

[95] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 437.

instituto da adoção, que seria a busca de uma família para uma criança e não a busca de uma criança para uma família.

O que antes foi visualizado como um meio de acelerar e incentivar a adoção no Brasil, frustrou-se, inferiorizando e desmerecendo as relações pautadas pelo afeto, que ganharam forças na modernidade, resultado de grandes conquistas históricas.

A principiologia, que é prevista para a aplicação ao instituto, tem como função humanizar a letra fria da lei, são colocadas de lado em face estrito cumprimento de lei, contribuindo para o desistência dos interessados em adotar, pois estes, assim como o adotando se frustram com tantas barreiras impostas pela lei.

É de se destacar as palavras de Rachid Silva ao prefaciar a obra de Dimas Messias de Carvalho, ao se manifestar da seguinte forma:

> Tenho afirmado a meus diletos alunos que a ADOÇÃO É UM PARTO JURÍDICO. No Brasil, no mais das vezes, um parto a fórceps, haja vista que o calvário peregrinado por adotantes e adotados, acaba por se mostrar uma verdadeira gestação jurídica, com "enjoos", "cólicas" e "complicações", que só se justificam pela sentença que põe fim às dores desse parto; pelo menos, nesse aparte, homens e mulheres as têm em conjunto, o que acaba se mostrando até mais democrático.[96]

Com a exigência de habilitação prévia no cadastro de adotantes e com as possibilidades de sua dispensa sendo taxativa, a adoção *intuitu personae* acabou por se tornar ainda mais inviável, e é vista por parte dos críticos à esta modalidade de a-

[96] CARVALHO, Dimas Messias de. *Op. cit.*, p. VIII.

doção como uma forma de burlar o sistema de adoção,

O Legislador ao promover tal exigência legislativa, acabou por subverter o foco de proteção, voltando-se aos adotantes em detrimento dos interesses do adotado, pois esta modalidade de adoção prioriza claramente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no entanto, o artigo 50 inserido pela Nova Lei de Adoção inutiliza a princípiologia prevista pelo próprio instrumento e viola outros princípios que orientam a adoção.

A rigidez estabelecida pelo legislador, para eventuais pedidos de adoção, sem o prévio acompanhamento psicossocial para posterior habilitação e inscrição no cadastro de adotantes, remeteu um caráter de ilicitude à adoção *intuitu personae*, subvertendo deste modo a esta adoção uma presunção absoluta de ilicitude, de modo a generalizar a prática de fraude

ou burla a ordem cronológica do referido cadastro, sem ao menos se ater a uma análise especifica do caso em concreto, desconsiderando totalmente o princípio da presunção de inocência garantido constitucionalmente.

Há uma violação clara ainda aos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança ou adolescente, que são fundamentais e norteadores do instituto da adoção.

O cadastro de adoção, não é em tudo desnecessário, pois ele facilita a consulta de candidatos, o preenchimento de requisitos legais indispensáveis e de suma importância para qualquer ato jurídico, bem como armazena dados pessoais tanto dos adotantes como dos adotados.

Ocorre que esta tendência em sacramentar uma lista de candidatos à adoção, e o rigor em deferir os pedidos de adoção de

acordo com a "ordem cronologicamente correta", ainda é habitualmente encontrada em julgados que indeferem o pedido de adoção, se uniformizando com a lei.

Sobre isso Maria Berenice Dias se manifesta:

> Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas. É de tal intransigência a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem.[97]

Não há expressa previsão para a vedação ou autorização da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro. E a observância absoluta do cadastro

[97] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 437.

de adotantes deve ser relativizada, pois nada garante que aquele que se encontra em primeiro na "fila cadastral" esteja em melhores condições daquele que se encontra em último, o que é perceptível por todos é que a justiça lenta, entre os estudos psicossociais exigidos como condição para habilitação no cadastro de adoção e o efetivo trânsito em julgado da ação demora a chegar, e com isso, crianças viram adolescentes e adolescentes viram adultos; adultos sozinhos.

Na maioria dos casos, aquela família afetiva para qual a criança foi entregue, não havia uma pretensão de adotar e nem enfrentar os tramites processuais para sua regularização. O medo em enfrentar o judiciário nestes casos é o primeiro sentimento demonstrado por eles, e enquanto isso a criança em convívio com esta família começa a criar seus vínculos afetivos e a retirada desta criança e a sua transferên-

cia para as instituições para então seguir o rigor da lei e esperar por adotantes que a queiram, afronta o princípio da dignidade humana e poderá trazer até mesmo consequência futuras, como transtornos psicológicos e de socialização para estas crianças ou adolescente.

E em relação a isto Maria Berenice Dias defende que:

> E nada, absolutamente nada, impede que a mãe escolha os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos, quem tem uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para seu filho. A omissão do legislador, em sede de adoção, não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC 1.729). E, se há possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho de-

> pois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.[98]

Questiona-se, se a criança que ainda possui dias de vida, seria capaz de criar vínculos afetivos com a família adotiva a ponto deste argumento ser forte o suficiente para mantê-la com esta família e não justificar sua retirada para entrega-la ao primeiro da lista cronológica.

Sustenta-se que ainda que esta criança, não tenha discernimento ou que seu contato com a família adotiva seja ainda muito embrionário, portanto, não configurando ainda uma afetividade, seria imprudente o poder judiciário limitar sua justificativa somente neste argumento, pois, entre manter uma criança em uma família que não foi inscrita no cadastro de adotantes, e esta adoção se deu pela modalidade

[98] *Ibid.*, p. 438.

intuitu personae, que não é prevista em lei e transferi-la para uma instituição é mais humano a primeira hipótese, pois, se apresenta como mais viável e capaz de trazer reais vantagens para a criança.

A lei não pode se sobrepor de forma impositiva e com isso inviabilizando a adoção *intuitu personae* a ponto de retirar uma criança de uma família que foi escolhida como substituta pelos pais biológicos e que já estava convivendo com àqueles para entrega-la àqueles que por uma questão procedimental encontram-se na posição organizacional de uma lista à frente para adotá-la ,e não se curvar para atender ao caso em concreto de acordo com suas peculiaridades, pois isso estaria violando princípios constitucionais inerentes à todos e garantidos constitucionalmente e em específico atentar contra a base principiológica da referida Nova Lei de Adoção.

Percebe-se que o legislador tentou coibir determinadas condutas ilícitas no âmbito da adoção, mas ao mesmo tempo, o legislador conferiu valor jurídico à vontade dos pais em relação a tutela de sus filhos quando prevista em testamento, logo, não haveria justificativas plausíveis para de todo inadmitir a adoção *intuitu personae*, pois o que se vislumbra da legislação atinente a este assunto é que desrespeita-se a vontade dos pais biológicos em vida para depois respeitar a sua vontade pós morte.

Inúmeros são os argumentos contrários à adoção *intuitu personae*, como*:* esta adoção frustraria os casais que se habilitaram previamente no cadastro de adoção e desestimularia os futuros interessados, possibilitaria a entrega da criança ou adolescente para pessoas despreparadas, que não passaram pelos acompanhamentos de equipe interprofissional encontra-se posi-

cionamentos ainda de críticos que alegam que a burla ao sistema jurídico não pode ser premiada ou então que o reconhecimento desta forma de adoção daria margem ao comércio ilegal de crianças, desvirtuando a sua finalidade dentre outros.

Em que pese todos os argumentos contrários à adoção *intuitu personae*, respeitando-se todos, entendemos que ainda assim deve-se pensar no real benefício para o menor.

O reconhecimento e consequentemente o deferimento desta adoção na prática seria uma maneira mais eficaz de efetivação do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente cumulado com a observância dos princípios da afetividade e dignidade da pessoa humana, impedido desta forma que juízes ordenassem a retirada de uma criança entregue pela família biológica diretamente para a família afeti-

va e a transferi-la às instituições de acolhimento.

Conclusão

Ao longo deste trabalho, foi tratado as diversas mudanças sofridas pelo Direito de Família. Dentre estas mudanças, dedicou-se ao estudo em especial o instituto da adoção que teve significativas alterações.

A adoção em sua origem, tinha uma concepção e uma finalidade totalmente distorcida da sua versão atual, abandonou-se o caráter religioso que atendia única e exclusivamente aos adotantes para adquirir uma roupagem assistencialista e mais humanitária, voltando-se para os adotados, reais beneficiários deste instituto.

Devido a tantas transformações e adaptações pela qual a adoção passou no seu desenvolver legislativo, tornou-se divergente e não unânime sua conceituação,

mas o que se pode ter por norte é que a adoção é um ato jurídico, que forma um vínculo civil e afetivo entre o adotante e o adotado de modo que este último insere-se na família do primeiro como se filho biológico fosse, uma vez que, atualmente é vedado o tratamento discriminatório de filiação.

A preocupação com o amparo às crianças e adolescentes é um fenômeno recente no histórico brasileiro, com a modernidade consolidou a proteção especial à família, o reconhecimento de outras formas de entidades familiares não só aquela constituída pelo matrimônio e com isso o afeto ganhou status de consolidador de uma família que passou a ter proteção pelo Estado.

A adoção é um exemplo de relação que se constitui pelo afeto, e reside ai a problemática deste trabalho, ou seja, na hipótese da inobservância de uma ordem

cadastral ou a não inscrição previamente neste, poderia flexibilizar-se em prol de atender aos reais benefícios da criança e do adolescente, quando este fosse recebido pelo adotante diretamente das mãos dos pais biológicos, constituindo a chamada adoção *intuitu personae*?

Não há uma resposta unânime quanto a possibilidade da adoção *intuitu personae*, o que há é uma omissão por parte do legislador a respeito, sendo passível de pleiteá-la com fundamento nos princípios previstos no ordenamento jurídico. De fato, não há como deferi-la de forma indiscriminada, deve-se observar o atendimento às reais vantagens do adotado no caso concreto.

A jurisprudência e a doutrina também não se mostram convergentes, mas é inegável que considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adoles-

cente e o princípio da afetividade constituem a caracterização legal para a possibilidade desta modalidade de adoção.

O Cadastro Nacional de Adoção tem sua importância quando utilizado como um norteador e organizacional para o processo de adoção, contudo, não pode ser sacralizado ao ponto de não permitir a sua flexibilização para atender ao caso em concreto.

A adoção *intuitu personae* não se confunde com a adoção à brasileira, como demonstrado neste trabalho, a primeira ocorre quando os pais da criança manifestam interesse em entregar a criança para determinada pessoa ou casal, por conta de suas características pessoalíssimas vislumbradas. Já a adoção à brasileira é uma prática criminosa em que uma pessoa ou casal sabendo que aquela criança não é sua registra-a como se sua fosse construindo uma relação jurídica que é uma farsa.

Desta forma, a adoção *intuitu personae* encontra seus obstáculos quando os adotantes procuram o judiciário para regularizarem esta adoção e se deparam com a exigência de previa inscrição no cadastro de adoção, a criança ou adolescente que por sua vez são retirados daquela família na qual já estavam inseridos, rompendo drasticamente os vínculos afetivos com estes e são institucionalizadas, ou seja, são encaminhadas para instituições de acolhimento de crianças e adolescentes ou abrigos até que sejam "escolhidos" por algum casal que se encontra na fila cadastral e queira adotá-lo, uma vez que aos adotantes é permitido escolher o fenótipo da criança desejada.

O reconhecimento da adoção *intuitu personae* seria uma conformação da legislação com a realidade, pois a sua pratica é uma recorrente na sociedade brasileira e necessário se mostra a sua regulamenta-

ção. Por conseguinte, a sua aplicabilidade não poderá se dar de maneira irrestrita e indiscriminada, estando condicionado o seu deferimento à análise do caso em concreto, de acordo com suas peculiaridades, mediante a constatação de afetividade e reais benefícios à criança e ao adolescente.

Sendo assim, na realidade, o ordenamento jurídico brasileiro não atende as suas garantias fundamentais previstas, constatando-se isso, na omissão por parte do legislador a respeito da adoção *intuitu personae* resultando assim em diversos indeferimentos de pedidos de regularização desta adoção por falta de embasamento jurídico e consequentemente a retirada da criança ou adolescente já inserida na nova família que não se cadastrou previamente ao Cadastro Nacional de Adoção, recolhendo a criança e/ou adolescente em instituições ou abrigos para menores à espera

por uma adoção, elevando-se o número de crianças institucionalizadas, e desrespeitando-se a finalidade da adoção quando as questões burocráticas e procedimentais se sobrepõem à principiologia garantista e a desconsideração da criação de relações pautadas pela afetividade.

Com a presente monografia conclui-se, que a adoção *intuitu personae* é uma adoção desprendida de qualquer ilicitude, ainda que não haja legislação que expressamente regule tal matéria. Isso porque não fere nenhum princípio legal ou qualquer outra lei existente no ordenamento jurídico, mas se baseia em princípios já existentes, em especial pelo princípio da afetividade e do melhor interesse do menor e princípio da dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

ABLJ - Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Dicionário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar***.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013;

_____. *Direito de família: direito civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009;

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código*

civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. V;

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6.

Data de recebimento: 20/05/2017
Data de aprovação: 28/12/2017