



REGULAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE NO BRASIL: EXERCÍCIO DE AUTONOMIA PRIVADA EM FAVOR DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Regulation of the "intuitu personae" adoption in Brazil: exercise of private autonomy in
the best interests of the child

Revista dos Tribunais | vol. 1005/2019 | p. 75 - 92 | Jul / 2019
DTR\2019\35425

Antonio Jorge Pereira Junior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Líder do Grupo de Pesquisa Autonomia Privada na Constituição (CNPq). antoniojorge2000@gmail.com

Ludmilla Cabral de Moraes Callado

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional nas relações privadas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Administração de Recursos Humanos pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Bacharel em Psicologia. ludmillamoraes@yahoo.com.br

Stephânia Aparecida Ferreira de Moraes Brasil

Mestre em Direito Constitucional nas relações privadas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Advogada. stephania.sanzio@yahoo.com.br

Área do Direito: Constitucional; Família e Sucessões

Resumo: O presente trabalho trata da possibilidade da adoção intuitu personae, sob a perspectiva de sua aceitação pelo ordenamento jurídico brasileiro à luz de uma maior abrangência da autonomia privada. Tendo em vista que se entende por autonomia privada a liberdade que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo para agir sem transgredir a lei, buscou-se mostrar a perfeita possibilidade de os pais usarem de sua liberdade para escolher a quem dar seu filho em adoção, observando-se alguns requisitos, em paralelo a outras possibilidades de adoção autorizadas. Vislumbra-se a possibilidade de concessão de maior autonomia aos pais que optam por escolher quem lhes suceda na função, tal qual ocorre no instituto da tutela, em que se admite a indicação de tutor que possa suceder pai e/ou mãe nos casos previstos em lei. Ressaltou-se também que o princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer ao legítimo interesse de salvaguardar a fila do Cadastro Nacional de Adoção, com vistas a evitar aumentar o número de crianças institucionalizadas a esperar a adoção que não se consuma. Insta aduzir que se trata de pesquisa de cunho bibliográfico.

Palavras-chave: Autonomia privada – Estatuto da Criança e do Adolescente – Adoção – Criança – Adoção intuitu personae

Abstract: The following paper has pondered upon the possibility of adoption intuitu personae, under the perspective of its acceptance by the Brazilian Legal System shining a light over the broader private autonomy, at least to what concerns adoption intuitu personae. Having understood private autonomy as a freedom that the legal system bestow the individual, to act without transgressing the law, it has been sought to present the perfect possibility of parents to using their freedom of choice upon whom to put their child for adoption. The research has dealt with other possibilities of adoption which occur in a legal way or even marginally to the law. The research has consolidated the argument of providing greater autonomy to the family who decides award their child as if appointing a its tutor. It has also been emphasized the principle of best interest of the child which must be observed before preserving the line of registered and apt people to adopt, considering it would prevent increasing the number of children in shelters waiting the adoption that will never come to be. It urges to adduce, that it is a bibliographical search.



Keywords: Private autonomy – Child and Youth Statute – Adoption – Child – Adoption intuitu personae

Sumário:

1 Introdução - 2 A autonomia privada - 3 A adoção de crianças e adolescentes - 4. Adoção intuitu personae - 5. Conclusão - 6. Referências

1 Introdução

O presente artigo tem por finalidade discutir a possibilidade jurídica da adoção intuitu personae, também chamada de adoção direta ou adoção consentida, tendo em vista a autonomia privada dos genitores. O objetivo desta pesquisa, portanto, é analisar se a autonomia privada poderia alcançar a possibilidade de os pais biológicos poderem escolher a pessoa ou família para a qual gostariam de entregar seu filho em adoção.

Naturalmente essa questão parece entrar em choque com a ideia do Cadastro Nacional de Adoção. O que deve ser privilegiado: o direito das pessoas habilitadas e inscritas no Cadastro Nacional de Adoção, ou a escolha dos pais na entrega da criança à adoção, assim como ocorre com o tutor? Para responder a esse dilema é fundamental recordar o valor maior do princípio do melhor interesse da criança, sendo ela, a criança, a protagonista, antes de se pensar na garantia formal de um dado procedimento.

Importa aduzir que não se entrará na análise da necessidade e importância do Cadastro Nacional de Adoção – CNA – para fins de garantia do princípio da igualdade entre os pretendentes, os quais, sistematizados em ordem cronológica de habilitação, esperam a adoção de uma criança ou adolescente.

Na exposição deste trabalho, busca-se desenvolver a questão supra, atual e urgente, bem como propiciar uma contribuição para a diminuição da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil.

2 A autonomia privada

O conceito de autonomia, ao ser precedido pela noção de liberdade, traz uma melhor compreensão desse instituto jurídico, que se traduz no exercício de um poder, paradoxalmente limitado, uma vez que, para se agir jurídica e licitamente, é necessário observar os parâmetros impostos pela ordem jurídica, vez que o Direito regulamenta condutas. Isto é, a autonomia privada consiste no exercício da liberdade em sociedade, abrangida pelo manto da licitude, ou seja, sem chocar com o bem comum.

2.1 Conceitos gerais

O conceito de autonomia pressupõe os de “coordenação” e “liberdade”. Coordenação, no sentido de uma parte não se sobrepor à outra; ou seja, ambas estão em igualdade de condições. Tal conceito é anterior à percepção de si como pessoa, bem como ao conceito de liberdade, porque a pessoa surge dentro de um contexto social, ou seja, num ambiente prévio de vidas coordenadas socialmente, inter-relacionadas. Entende-se que é a sociedade, esse ambiente de vidas conectadas, quem propicia a liberdade ao indivíduo ao educá-lo e ao ofertar a ele as possibilidades de escolha. Ao escolher livremente, por via de regra, a pessoa se compromete perante os demais. Nesse sentido, o compromisso é a tradução da liberdade performada. Os atos jurídicos são, assim, manifestação da liberdade.

Importante salientar o que se entende por liberdade. Uma vez que o Direito regulamenta condutas, a liberdade nada mais é que a capacidade de se autodeterminar ao bem (YEPES; ECHEVARRÍA, 2005). Por isso se costuma dizer que mais plena será quando mais orientada à excelência humana. Nesse caso, a liberdade viabiliza o aprimoramento do ser, enquanto aperfeiçoa o indivíduo e o favorece em sua condição humana, de



natureza individual e social.

A autonomia privada, portanto, parte da capacidade humana de se autodeterminar, respeitando-se o bem comum. Por ela se afirma a liberdade para realizar negócios jurídicos, permitida e amparada pela sociedade. Ou seja, consiste na liberdade que o ordenamento jurídico, no âmbito cível, confere ao indivíduo para ele agir em sociedade com vistas a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Afirma-se, ainda, ser o instituto jurídico que prevê a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os parâmetros jurídicos. Em outras palavras, consiste no espaço que é concedido pelo ordenamento jurídico delimitado pelo âmbito do lícito para que o indivíduo aja, exerça sua liberdade em meio social.

No entender de Perlingieri, são observados dois elementos para conceituar autonomia privada: o primeiro seria a configuração do ordenamento jurídico pátrio e o segundo a história desse local. O primeiro a delinea a partir do grau de intervenção do Estado nas relações entre os particulares; o segundo justifica o modelo de autonomia privada adotado tendo por base os sucessos e fracassos dos modelos anteriores. O autor ressalta que não basta generalizar o conceito em evidência, visto que há pluralidade de significado, o qual pode consistir tanto em um ato quanto em uma atividade (PERLINGIERI, 2008, p. 334).

Entender a autonomia privada como princípio, leva a considerar que “[...] nenhum princípio é absoluto ou ilimitado. Sempre sofrerá a concorrência de outros princípios, o que impõe ao intérprete a tarefa de harmonização [...]” (LÔBO, 2012, p. 56-57).

Quando nos referimos à autonomia privada sob a perspectiva da legislação, esta se determina por ser de conteúdo deliberadamente indeterminado, de modo a efetivar-se plenamente em cada caso concreto. Desse modo, são as circunstâncias do fato que orientam seu alcance. Um bom exemplo a se mencionar é a validade jurídica dos contratos atípicos que se realizam com base no fundamento nuclear da incidência da autonomia privada em sua essência privada, à luz do que aduz o artigo 425 do Código Civil (LGL\2002\400).¹

Segundo Pietro Perlingieri, autonomia privada é: “[...] o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios” (PERLINGIERI, 2008, p. 338).

A autonomia privada entendida como o poder ou ainda a liberdade do indivíduo de transigir, em igualdade de condições, dentro dos limites conferidos pelo ordenamento, é o agir que não desrespeita o que a legislação proíbe; ou seja, a autonomia privada realiza-se, se suas disposições estiverem de acordo com o direito positivo. Ou mesmo quando o próprio ordenamento autoriza sua transgressão, ou mais, quando o Estado, por meio de seus órgãos públicos, valida as manifestações de vontade nos limites do ordenamento jurídico.

A autonomia privada, longe de ser conceituada como vontade interior, atribui primazia à sua exteriorização e à limitação posta pelo ordenamento jurídico, isto é, pelo Estado, por exigências de justiça social (LÔBO, 2012). Importante ressaltar que autonomia privada não pode ser entendida como autonomia da vontade, isso porque esta última dispõe e dá maior relevância à vontade individual na sua dimensão psicológica, em que se destaca a liberdade de se realizar algo sem a intervenção do Estado ou mais precisamente definido como o que ocorre antes da ação (AMARAL NETO, 1988).

A autonomia privada, sempre foi mais relacionada à liberdade negocial, ou seja, bem voltada para a dimensão patrimonial do direito privado. Apesar disso, é perfeitamente possível discuti-la levando em consideração aspectos existenciais (PEREIRA JUNIOR; LOBATO; NORÕES, 2016).



2.2 Autonomia privada no direito de família

Na ótica das famílias, o poder familiar é o determinante quando se fala em autonomia privada. Quanto ao seu caráter de irrenunciabilidade do poder familiar, não há discussão doutrinária. Trata-se de uma característica aceita e pacífica.

O poder familiar pode ser entendido como a síntese de poderes, deveres e direitos que possibilitam a condução dos atos e da vida da pessoa absoluta ou relativamente incapaz em decorrência da idade, tendo em vista prepará-la para o exercício da liberdade, fato que se consuma, de ordinário, quando atinge a maioridade e passa a gozar de plena capacidade de exercício (PEREIRA JUNIOR, 2016, p. 30).

O poder familiar é o que se denominava na vigência do CC de 1916 de pátrio poder, expressão usada para indicar que o poder era exercido exclusivamente pelo pai. A Lei 12.010 de 2009 (LGL\2009\2125) trouxe a mudança de nomenclatura no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA (LGL\1990\37)) para adequá-lo ao Código Civil de 2002, que já usava a terminologia de poder familiar. Dessa forma, é possível afirmar que o poder familiar é dever conjunto dos pais, inclusive com base no que dispõe a CF/88 (LGL\1988\3) em seu artigo 226, § 5º, sobre o exercício de igualdade de direitos e deveres que possuem com relação à prole.²

De acordo com o artigo 1.630 do CC de 2002 o fator idade é determinante para que se efetive o poder familiar. O menor de 18 anos está sujeito a esse poder. Complementando tal entendimento podemos relacionar o citado artigo com o artigo 22 do ECA (LGL\1990\37)³, que prevê o sustento, a guarda e a educação impondo tais deveres primeiramente aos pais. O parágrafo único deste artigo complementa a responsabilidade de educar dos pais, incluindo também, o poder-dever de transmitir aos filhos sua cultura e crenças. O que nos permite concluir que a família é a principal instituição na tarefa educativa em face de toda criança.

A Lei 12.010/2009 (LGL\2009\2125) trouxe ainda mudanças ao ECA (LGL\1990\37) no sentido de primar pela permanência da criança e do adolescente na família natural e reforçar a excepcionalidade e temporalidade destes em abrigos, uma vez que nestes estariam privados da convivência familiar.

Por conseguinte, como já afirmado, o poder familiar possui um caráter de irrevogabilidade; porém, quando o ordenamento jurídico brasileiro permite, a colocação em família substituta provoca uma colisão nos institutos jurídicos, visto que tal permissão esvazia a família natural do poder familiar. A fim de garantir o melhor interesse da criança, contudo, em algumas situações, a família natural ou extensa pode ser substituída por uma outra família, como veremos no decorrer deste trabalho.

Outro importante instituto a destacar é o da tutela, prevista no CC/2002 (LGL\2002\400). A finalidade da tutela é a de proteger o menor cujos pais faleceram, ou são considerados judicialmente ausentes, ou ainda foram destituídos do poder familiar. O deferimento da tutela pressupõe prévia decretação de perda ou suspensão do poder familiar, o que implica necessariamente o dever de guarda.

O ordenamento jurídico brasileiro quando dispõe sobre a tutela, confere aos pais biológicos a possibilidade de escolha do tutor de seu filho nas situações previstas em lei. No entanto, conforme será abordado no decorrer deste artigo, os pais não podem, salvo nas exceções previstas no ECA (LGL\1990\37), escolher para quem darão em adoção seus descendentes. Sobre este último aspecto se centra o presente escrito.

3 A adoção de crianças e adolescentes

3.1 Evolução histórica

No século XX, documentos internacionais começaram a contemplar a proteção das crianças e dos adolescentes, fato consolidado com a Convenção sobre os Direitos da



Criança (1989), cujo preâmbulo reconhece que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”, prevendo que a criança tem o direito de ser cuidada por seus pais (art. 7º), de ter preservada suas relações familiares (art. 8º); bem como, que somente será separada de seus pais em prol de seu melhor interesse, em casos específicos, como os que envolvem maus tratos (art. 9º).

A Constituição Federal de 1988, em disposição no artigo 227, introduziu no ordenamento pátrio a doutrina da Proteção Integral, evidenciada nos debates prévios da Convenção, colocando no plano de sujeito de direitos todas as crianças e adolescentes do país.

O ECA (LGL\1990\37), em consonância com a referida Convenção, bem como com a Constituição Federal, afirma em seu art. 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, consolidando o entendimento, no cenário do já finalizado século XX, de que crianças e adolescentes, não importando a circunstância em que estão socialmente ou economicamente inseridos, são sujeitos prioritários e preferenciais de direitos, os quais devem ser respeitados tendo em vista sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Nesse contexto, pela doutrina da Proteção Integral, “[...] há a necessidade de um conjunto articulado de ações por parte do Estado e da sociedade que vão desde a concepção de políticas públicas até a realização de programas locais de atendimento implementados por entidades governamentais ou não governamentais” (ISHIDA, 2016, p.26).

Advindos desse mesmo cenário, os princípios do Melhor Interesse da Criança e da Convivência Familiar, também seguem as diretrizes da proteção integral.

O melhor interesse, consoante o entendimento de Sérgio Kreuz deve servir como diretriz na busca de soluções que sejam as mais favoráveis ao desenvolvimento da criança (KREUZ, 2012, p. 73). Assim, o que deve se perseguir é a melhor solução que atenda ao menor de 18 anos, da forma mais satisfatória possível.

A Constituição também assegura o direito à convivência familiar, que é o direito de ser criado no seio de uma família, em ambiente que possa permitir o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. O ECA (LGL\1990\37) também corroborou o entendimento de que toda criança e adolescente possuem o direito à convivência familiar. Contudo, para milhares de crianças e adolescentes brasileiros o termo “convivência familiar” é apenas um termo.

Dados do mês de março de 2019 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁴ apontam que 47.310 crianças e adolescentes encontram-se vivendo em unidades de acolhimento em todo o país, sendo que destes, somente 9.414 estão cadastradas no Cadastro Nacional da Adoção. Ressalte-se que apenas as cadastradas estão juridicamente aptas a serem adotadas e que a grande maioria dos pretendentes preferem crianças de tenra idade. Assim, enquanto mais de 45 mil cadastrados⁵ aguardam por um(a) filho(a) na fila da adoção, cujo processo legal pode levar vários anos, crianças crescem acolhidas nos abrigos, perdendo a chance de serem adotadas.

Constata-se que o problema social das crianças e dos adolescentes acolhidos em instituições não foi, até o presente, resolvido; ou seja, até os dias atuais, os resultados alcançados pelas leis e políticas públicas implantadas no país não se mostraram eficientes para resolver a questão do abandono real e da institucionalização permanente de menores de 18 anos.

Admite-se que é na convivência familiar que se formam e se fortalecem os laços que consolidam as relações entre pais e filhos e favorecem a formação do ser humano apto à vida em sociedade. Percebe-se, portanto, a necessidade da apresentação de outras vertentes para solução do problema, como a legalização da adoção intuitu personae.



Ademais, tem-se a convicção de que a adoção configura-se como um instrumento consolidado, passível de formar relações entre pais e filhos pela via dos laços de convivência e afetividade. Também nesse contexto, promover o encontro precoce destas crianças cujas famílias não querem ou não podem delas cuidar, com pessoas que desejam ser a sua família, pela via da adoção intuitu personae, pode evitar o abandono de milhares de pequenos seres humanos nas instituições, e propiciar um futuro melhor para eles.

3.2 Adoção legal: considerações gerais

No entendimento de Orlando Gomes: "Adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do 1º grau na linha reta"(GOMES, 1983, p. 340).

Autores contemporâneos tendem a agregar a este conceito notas de caráter social e solidário ao enunciarem que a adoção é meio de estabelecer relações de proteção, cuidado, responsabilidade e afeto, de modo solidário, entre crianças e adolescentes que precisam de uma família para substituir a sua natural e pessoas que desejam ser a família destes, sempre tendo em vista o melhor interesse dos menores.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010) comentando sobre o instituto da adoção afirmam que:

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, por meio do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 914).

Importa aduzir que a adoção é a oportunidade real de proporcionar a imprescindível convivência de crianças e adolescentes no seio de uma família, convivência esta que vem se mostrando cada vez mais influente e necessária para a formação de um ser humano minimamente equilibrado.

A adoção de crianças e adolescentes é regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta todos os aspectos inerentes ao instituto. Conforme disposição do ECA (LGL\1990\37) (art. 39), a adoção, medida excepcional de colocação da criança em família substituta, somente pode ser realizada pela via da sentença judicial. Essa é a adoção legal.

Desde 2009, com a alteração no caput ECA (LGL\1990\37) do art. 50 introduzida pela Lei 12.010, o torna o cadastramento dos pretendentes habilitados à adoção no Cadastro Nacional da Adoção – CNA, imprescindível para a realização das adoções de menores de idade no país.

Ressalte-se que o §13 do artigo em referência, traz as possibilidades de dispensa do prévio cadastro, situações que serão analisadas a posteriori. Em apertada síntese, pode-se afirmar que, consoante o Estatuto, somente as pessoas cadastradas no CNA poderão, em regra, adotar. O procedimento para habilitação dos pretendentes e inscrição no Cadastro está regulado pelos artigos 197-A a 197-F da legislação em comento e, pelo nível de detalhamento, não será objeto deste estudo.

3.3 Consentimento dos pais biológicos

O art. 45 do ECA (LGL\1990\37) traz assunto pertinente à adoção legal, tendo em vista tratar do consentimento dos pais biológicos, que devem consentir com a adoção de seus filhos, salvo nas hipóteses de serem desconhecidos, ou destituídos do poder familiar:

Interessante observar que a questão do consentimento dos pais naturais somente



importa para fins de destituição do poder familiar; todavia, não interessa para a escolha de pretendentes a pais adotivos. Ou seja, legalmente, aos pais biológicos não é dado o poder de decidir a quem será direcionado o seu filho, quem será o adotante da criança.

Vale ressaltar que, no instituto jurídico da tutela, mencionado supra, os pais têm o poder de decidir quem será o tutor de seus filhos, prerrogativa que poderia ser estendida para legalizar os casos da adoção intuitu personae. Ou seja, com base no melhor interesse da criança, bem como pela extensão da autonomia privada, a adoção intuitu personae encontraria guarida para ser aceita no ordenamento jurídico pátrio.

O art.166, recentemente alterado pela Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017 (LGL\2017\10208), traz minúcias sobre o consentimento dos pais para a colocação do filho em família substituta. Todavia, não os autoriza a escolher os pais adotivos de seus descendentes. Na hipótese de concordância dos pais, o juiz ouvirá as partes e declarará extinto o poder familiar (ECA (LGL\1990\37), 166, § 1º, I e II), equipe técnica da justiça da infância e da juventude orientará e esclarecerá aos titulares do poder familiar sobre a irrevogabilidade da medida (ECA (LGL\1990\37), 166, § 2º), o consentimento prestado por escrito não tem validade se não for ratificado em audiência (ECA (LGL\1990\37) 166, § 4º). A nova legislação também alterou o § 5º do art. 166 ao aduzir que a retratação do consentimento somente poderá ser efetuada até a data da realização da audiência do § 1º do artigo em análise e inovou ao prever o direito de arrependimento dos pais, no prazo de 10 dias da prolação da sentença de extinção do poder familiar. Importa ressaltar que as alterações da nova Lei não permitem a adoção intuitu personae.

Insta aduzir que tal proibição não garante a ausência de burlas ao sistema jurídico. No cotidiano social é uma prática usual que famílias criem filhos de outras e sua ocorrência, à margem da lei, acaba trazendo insegurança jurídica tanto às crianças e aos adolescentes que ficam inseridas em famílias afetivas, mas não adotivas legalmente, quanto a estas famílias.

3.4 Adoção à brasileira

A adoção à brasileira foi por muito tempo a forma mais comum de adoção realizada no Brasil. É aquela advinda do famoso “jeitinho brasileiro”, por meio do qual se registrava como filho aquela pessoa que asseguradamente o adotante sabia não ser seu filho biológico – em geral criança recém-nascida – que acaba ficando sem histórico biológico.

Suely Mitie Kusano, em tese de doutorado, afirma que, na “chamada adoção à brasileira ou adoção direta, o adotante ou um dos pais adotivos, sem se submeter aos trâmites legais, vai diretamente ao cartório e registra a criança como filho biológico”(KUSANO, 2006, p. 81).

Apesar de configurar um crime previsto no art. 242 do Código Penal brasileiro, são diversos os motivos para que referida situação ainda encontre espaço na cultura brasileira. Eunice Granato aponta alguns:

[...] a esquiva a um processo judicial de adoção demorado e dispendioso [...]; o medo de não lhe ser concedida a adoção pelos meios regulares e, pior ainda, de lhe ser tomada a criança, sob o pretexto de se atender a outros pretendentes há mais tempo “na fila” ou melhor qualificados; ou, ainda, pela intenção de se ocultar à criança a sua verdadeira origem(GRANATO, 2012, p. 139).

A adoção à brasileira ainda é comum no Brasil, principalmente em cidades menores, longe dos grandes centros e, se não é estimulada, é de certa forma facilitada pela cultura brasileira e decisões dos tribunais pátrios que frequentemente proferem acórdãos que conferem aos adotantes a paternidade socioafetiva da criança, considerando seu melhor interesse e o vínculo afetivo formado entre a criança e seus pais adotivos. Ou seja, o conceito de socioafetividade assume, com o decurso do tempo, a posse,



concedida pela situação de não tirar daquele que vivenciou a situação factual de pai.

Nesse sentido, o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É que estabelecido o vínculo afetivo, depois de uma pessoa ter registrado como seu um filho que sabia não ser, será possível vislumbrar uma relação jurídica paterno-filial decorrente do vínculo socioafetivo, não se recomendando a sua extinção, sob pena de comprometimento da própria integridade física e psíquica do reconhecido (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 927).

Diante do exposto, defende-se a adoção intuitu personae até como forma de dirimir efeitos negativos da adoção à brasileira, sendo o mais grave que se percebe a dificuldade ou impossibilidade futura de se obter conhecimento da origem genética do adotado.

4. Adoção intuitu personae

4.1 Adoção intuitu personae e adoção pronta

Há autores que tomam como sinônimos as expressões adoção intuitu personae e adoção pronta. De acordo com Helen Sanches e Josiane Veronese (2012):

As chamadas adoções prontas ou intuitu personae consistem na entrega direta de crianças para adoção, também sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, procurado mais tarde somente para regularizar a situação do ponto de vista legal, muitas vezes, por meio do pedido inicial de guarda da criança ou adolescente, com o consentimento formal dos genitores, para posteriormente convertê-lo em adoção [...] (SANCHES; VERONESE, 2012, p. 137).

Suely Mitie Kusano (2006) difere a adoção intuitu personae da adoção pronta. Sendo a modalidade intuitu personae:

aquela em que a mãe (geralmente; ou também o pai, se conhecido) manifesta a vontade de disponibilizar o filho à adoção e, sem que tenha havido a suspensão ou a perda do poder familiar, indica, fundamentalmente, pessoa determinada para ser o adotante, antes que este tenha convivido com o adotando e, por isso, ainda não criado o vínculo de afeto (não se trata, pois, de regularizar situação fática anterior), desnecessário que o indicado esteja previamente inscrito no cadastro de adotantes; [...] (KUSANO, 2006, p. 126).

Diferindo, portanto, da outra modalidade – adoção pronta – que, conforme a autora em comento:

“[...] tem sido identificada como uma das formas de filiação sócio-afetiva, porque decorrente da posse do estado de filho, em que, de forma genérica, a criança permanece por longo período sob os cuidados da família adotante, antes que se busque a regularização da situação fática [...]” (KUSANO, 2006, p. 88).

Os casos de adoção que a autora considera como os de adoção pronta são os conhecidos casos de busca de regularização de crianças que foram “expostas na rua”, que “apareceram” na porta de casa, ou local de trabalho, entre outras situações, quando já se passou considerável lapso temporal e se estabeleceu vínculo afetivo.

Acrescenta-se, na adoção pronta, que a criança pode até ter sido entregue diretamente ao pretendente pelo seu genitor. Todavia, a pessoa que tem a criança sob seus cuidados, somente decorrido algum tempo, busca a regulação da situação fática daquele que se tornou um “filho de criação”; por esse motivo, trata-se de uma adoção pronta.

Dessa forma, deduz-se que a adoção intuitu personae não se confunde com a adoção pronta. No primeiro caso, ocorre a entrega da criança pelo genitor, geralmente a mãe, diretamente à pessoa previamente escolhida para adotá-la. Importa ressaltar que o



adotante nessa situação foi escolhido previamente pelo genitor. Na segunda situação, busca-se, basicamente, a homologação judicial de circunstância de fato, onde já existe vínculo afetivo constituído.

Importa salientar que, tanto a adoção pronta quanto na intuitu personae não são permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que ambas são modalidades de adoções concedidas sem que seja considerado o Cadastro Nacional de Adotantes – CNA.

4.2 Da (im)possibilidade da adoção intuitu personae

Importa asseverar, consoante Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 939), que a norma legal de que apenas os pretendentes cadastrados podem adotar, permite concessões. O § 13 do art. 50 do ECA (LGL\1990\37) apresenta as possibilidades em que se dispensa o prévio cadastro, atendidos os pressupostos legais.

O parágrafo é autoexplicativo; mas, convém esclarecer que se está diante de três possibilidades de adoção consentida que são admitidas pelo ordenamento jurídico: I) quando se tratar de solicitação de pretendente que deseja adotar o filho de esposo ou companheiro, propiciando a formalização de filiação socioafetiva de enteado; II) formulada pela família extensa que possui estreitos vínculos com o adotando; III) podem ser situações de adoção intuitu personae propriamente dita, ou de adoção pronta. Importa asseverar que todas as situações estarão baseadas na socioafetividade.

Consoante o entendimento de Válder Kenji Ishida (2016, p. 182), o rol do artigo em referência “não é taxativo, mas sim exemplificativo”, permitindo que o juiz analise outras possibilidades, de forma excepcional, concedendo o pedido de adoção a pleiteantes não inseridos no cadastro.

Melhor seria, todavia, em sentido favorável à adoção intuitu personae, abraçar a sugestão de inserção de um quarto inciso (IV) no texto atual do § 13 do art. 50, que permitiria a indicação, pelos genitores, de um sucessor para a função parental, observados os critérios já definidos em lei para o processo de adoção ordinário (PEREIRA JUNIOR; CARVALHO, 2018, p.116-117).

4.3 Entrega voluntária

A par da impossibilidade da adoção intuitu personae¹³ no Brasil, salvo nas circunstâncias elencadas no § do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se destacado a possibilidade de ser realizada a entrega voluntária da criança pela mãe. Paulo Lôbo (2011, p. 283) afirma que a Lei 12.010/2009 (LGL\2009\2125), que, entre outros dispositivos, naquele ano inseriu o parágrafo único no art. 13 do ECA (LGL\1990\37) “introduziu tipo especial de consentimento, permitindo que a gestante ou a mãe após o parto faça entrega voluntária da criança para adoção, por não querer ou não poder assumir a maternidade”. Enfatize-se que a genitora que abre mão do poder familiar, não pode escolher para quem o filho será destinado, fato que se considera estar em desacordo com a sua autonomia.

Ademais, esse desrespeito à autonomia da mãe pode levar o filho do qual ela abre mão a anos de institucionalização, em vez de ser acolhido no seio de uma família que dele pudesse cuidar, escolhida pela genitora, posto que os operadores da justiça costumam fazer criteriosa busca por parentes, mesmo que não indicados pela mãe biológica.

A recente Lei 13.509/2017 (LGL\2017\10208) apresenta com maiores detalhes o instituto da entrega voluntária que foi ampliado pela inserção do art. 19-A no texto do Estatuto. Dessa forma, o artigo reitera a possibilidade da entrega da criança para fins de adoção, diretamente pela mãe, por meio do encaminhamento desta à Justiça da Infância e da Juventude (ECA (LGL\1990\37), 19-A), circunstância já anteriormente disposta no art.13 do ECA (LGL\1990\37), desde 2009; que, todavia, não obteve a devida efetivação. Importa ressaltar que equipe interprofissional realizará o acompanhamento



dessa genitora, apresentando relatório técnico à autoridade judiciária (ECA (LGL\1990\37), 19-A, § 1º). Ademais, a busca pela família extensa deverá atender prazo máximo de 90 dias, passíveis de prorrogação por igual período (ECA (LGL\1990\37), 19-A, § 3º), condição que busca garantir a agilidade no processo de adoção do infante.

Caso não exista indicação de genitor ou manifestação de outro familiar da família extensa para fins de guarda da criança, o poder familiar será extinto pelo juiz, que determinará “a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional” (ECA (LGL\1990\37), 19-A, § 4º). Após o nascimento da criança, seguem-se os trâmites do § 1º do art. 166 do Estatuto (ECA (LGL\1990\37), 19-A, § 5º).

Em síntese, embora se possa perceber a instituição de um procedimento para a entrega da criança, que pressupõe a oitiva e o cuidado com as gestantes ou genitoras, tendo em vista seu estado gravídico ou puerperal, a mulher que entrega seu filho para adoção não tem o direito de entregar diretamente à pessoa por ela eleita. A criança será encaminhada para um abrigo e, após os prazos legais, ao primeiro pretendente da fila do Cadastro Nacional de Adoção.

Helen Sanches e Josiane Veronese (2012, p. 138) manifestam entendimento no sentido de que o poder familiar, sendo composto pela reunião de várias responsabilidades que os pais têm em relação aos seus filhos, não pode ser renunciado por aqueles e nem permitem a sua delegação a terceiros; ou seja, para as autoras, não pode o genitor biológico escolher os adotantes de seus filhos.

São múltiplos os motivos alegados para a não permissão da manifestação da vontade dos genitores em relação à escolha dos adotantes, entre elas, o receio de diversas instituições de facilitação do tráfico de crianças, tanto nacional quanto internacional e compra e venda de bebês sob o manto da adoção consentida.

É preferível forçar a mulher não somente a gestar por nove meses o filho que ela não deseja – do contrário cometeria crime de aborto – como também que ela entregue o filho ao Estado, que buscará por pessoa habilitada e inserida no CNA e não diretamente à pessoa que ela acredita ser o melhor para o bem-estar do seu descendente.

Fabíola Albuquerque Lobo afirma que: “Essa realidade trazida pelo CNA é desumana e impiedosa para a criança. É indiscutível que o procedimento legal para a adoção é uma afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança” (LOBO, 2016, p. 496). A autora acredita que muitas histórias de vida de crianças e adolescentes poderiam ser diferentes, com o atendimento de seu direito à convivência familiar se houvesse ampliação das possibilidades da adoção consentida, a possibilitar que pais biológicos efetuassem a escolha dos adotantes de seus filhos, na impossibilidade de tê-los sob seus cuidados. Em tempos de tendência à aceitação da multiparentalidade, a vedação à entrega adotiva é até contradição.

4.4 Proposta de adoção intuitu personae

Importa destacar ainda que, apesar de a nova lei que dispõe sobre adoção seguir não permitindo a adoção intuitu personae, salvo nas hipóteses retromencionadas do art. 50, § 13, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado – PLS 394, de 2017, que dispõe sobre o Estatuto da Adoção de Criança ou Adolescente. O PLS 394 traz um dispositivo permitindo a indicação do adotante pelo genitor original.

Art. 52. Quando a mãe indicar o nome e o endereço do genitor, será ele intimado para, em 5 (cinco) dias, reconhecer a paternidade ou concordar com a entrega do filho à adoção.

[...]



§ 3º Indicando a mãe a pessoa a quem deseja entregar o filho em adoção, equipe interdisciplinar Justiça da Criança e Adolescente ou dos programas de acolhimento familiar ou institucional, em até 15 (quinze) dias, apresentará relatório comprovando a presença ou não das condições necessárias à adoção.

§ 4º Concedida a guarda, mediante termo de responsabilidade, haverá acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção.

Diante do dispositivo supra, é possível constatar que o procedimento de adoção intuitu personae do Projeto de Lei em análise não seria aleatório, realizado sem nenhum padrão. Trata-se de uma proposta responsável, composta por etapas que buscariam garantir o melhor interesse da criança, propiciando agilidade aos processos de adoção e evitando a institucionalização de infantes sempre que possível.

No curso do processo de adoção, o interessado na modalidade personalizada seria também submetido ao estudo psicossocial pela equipe técnica da Justiça da Criança e do Adolescente, que comprovaria sua aptidão para a adoção, bem como a não ocorrência de fraudes. Além disso, o processo de adoção é criterioso quando destaca o necessário "acompanhamento familiar, pelo prazo de noventa dias, pela equipe interdisciplinar da Justiça da Criança e Adolescente ou do serviço de acolhimento institucional ou dos Grupos de Apoio à Adoção" (PLS 394, art.52, § 4º). O destaque aos grupos de Apoio à Adoção é salutar e vem ao encontro da intensa parceria entre essas instituições e o Poder Judiciário ao longo dos anos.

Isso posto, é possível admitir que, nesses termos, flexibilizar a legislação que trata da adoção de crianças e adolescentes no país é uma forma de se buscar o verdadeiro sentido da palavra justiça.

5. Conclusão

No ordenamento jurídico brasileiro, a eventual permissão e regulamentação da adoção intuitu personae seria um claro avanço do Direito no que se refere à autonomia privada. Possibilitar a adoção intuitu personae, com base na mesma autonomia que possui o indivíduo que coloca seu filho sob a tutela de outrem, diminuiria a permanência de muitas crianças em abrigos, conferindo-lhes a convivência familiar tão importante na vida de qualquer criança.

O poder familiar gera obrigações aos genitores e, à criança e ao adolescente, o direito de serem cuidados, protegidos, educados no seio de sua família natural. O processo de adoção, que retira esse poder original, é o meio excepcional de conceder às crianças que se encontram em situação de abrigo convivência familiar, na impossibilidade de se ser com a família de origem biológica.

Levando-se em consideração o melhor interesse da criança, que não deve crescer em abrigos, uma vez que o acolhimento institucional deve ser transitório e excepcional, deduz-se que essa fase de institucionalização na espera da efetivação da adoção deve ser breve ou, de preferência, não existir.

Isso posto, diante de um processo sério e com garantias que assegurem o melhor interesse da criança, bem como o cuidado com o estado gestacional ou puerperal das genitoras, acredita-se que a adoção intuitu personae é uma boa forma de desafogar instituições de acolhimento e de evitar o abandono de crianças no país, bem como as adoções irregulares, situações estas violadoras de direitos fundamentais infantojuvenis.

6. Referências

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil. São Paulo,



ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 28.03.2019.

BRASIL. Código Civil (LGL\2002\400). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil]. Acesso em: 22.11.2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 15.11.2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 28.03.2019.

BRASIL. Lei 12.010/2009 (LGL\2009\2125). Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 20.11.2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 394, de 2017. Disponível em: [www.12senado.leg.br]. Acesso em: 28.03.2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. Direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

KUSANO, Suely Mitie. Adoção intuitu personae. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica – PUC. São Paulo, 2006.

LOBO, Fabíola Albuquerque. Adoção consentida e o Cadastro Nacional de Adoção: harmonização que se impõe. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 484-506, maio-ago. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito civil: contratos. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Disponível em [http://www.unicef.org/brazil]. Acesso em: 07.09.2018.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Poder familiar contemporâneo. O dever dos pais, da sociedade e do Estado em face da criança e do adolescente. O papel do Conselho Tutelar. Boulesis Editora, 2016.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; CARVALHO, David Accioly. A adoção intuitu personae no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Privado, v. 86, p. 107-120, fev. 2018.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge.; LOBATO, Mariana A., ; NORÕES, Mariane P. A imposição do regime da separação absoluta de bens como limitação à autonomia do nubente maior de 70 anos: situação patrimonial ou existencial? Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia privada e situações existenciais. 1 ed. Curitiba, 2016, p. 122-140.



PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. Dos filhos de criação à filiação socioafetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

YEPES, Ricardo; ECHEVARRÍA, Javier. Fundamentos de antropologia – Um ideal de excelência humana. São Paulo: Inst. Bras. Filosofia Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

1 Artigo 425 do CC: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

2 Artigo 226, § 5º, da CF: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

3 Artigo 22 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”.

4 Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível: [<http://www.cnj.jus.br>]. Acesso em: 28.03.2019.

5 Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível: [<http://www.cnj.jus.br>]. Acesso em: 28.03.2019.