



ESCOLA DA MAGIDTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Renata Di Masi Palheiro

**Rio de Janeiro
2011**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

RENATA DI MASI PALHEIRO

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Monografia apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós - graduação.

Orientadora: Prof^a. Andréa Rodrigues Amin

Coorientadora: ME. Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro
2011

RENATA DI MASI PALHEIRO

Monografia apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós - graduação.

Orientadora: Prof^a. Andréa Rodrigues Amin
Coorientadora: ME. Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. ^a. Dr.^a Andréa Rodrigues Amin

Aos meus pais, Antonio e Rosi, por me amarem incondicionalmente.

Ao meu marido, João Bernardo, por ter sempre acreditado em mim.

Que Deus os conserve.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma monografia exige ajuda de muitas pessoas. Por isso, agradeço à minha família, que sempre incentiva meu aprendizado. Agradeço também aos meus amigos e companheiros, pela solidariedade com a qual sempre me acolheram.

Não poderia deixar de agradecer à Professora Néli Fetzner, Anna Dina e à Professora Andreia Amin, pessoa na qual me inspiro em minha vida profissional.

Para Sempre

Por que Deus permite
que as mães vão-se embora?
Mãe não tem limite,
é tempo sem hora,
luz que não apaga
quando sopra o vento
e chuva desaba,
veludo escondido
na pele enrugada,
água pura, ar puro,
puro pensamento.

Morrer acontece
com o que é breve e passa
sem deixar vestígio.
Mãe, na sua graça,
é eternidade.
Por que Deus se lembra
- mistério profundo -
de tirá-la um dia?
Fosse eu Rei do Mundo,
baixava uma lei:
Mãe não morre nunca,
mãe ficará sempre
junto de seu filho
e ele, velho embora,
será pequenino
feito grão de milho.

Carlos Drummond de Andrade

SÍNTESE

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar o instituto da adoção *intuitu personae*, considerando a atualidade do assunto e o atendimento ao melhor interesse do menor. Aborda-se assim a possibilidade de a mãe biológica, no processo de adoção, indicar a pessoa do adotante sem afrontar o cadastro previsto no art. 50 da Lei 8068/90.

Para tanto, faz análise crítica do processo de adoção no Brasil, demonstrando os malefícios que a espera por uma família em um abrigo pode trazer à criança. Demonstra que a proibição da adoção *intuitu personae* e a obediência a um critério estritamente objetivo estimula a prática de medidas proibidas, como a adoção pronta e a adoção à brasileira.

Compara o processo de adoção nacional com os procedimentos de outros países e cita pesquisas e jurisprudências que embasam o trabalho. Conclui, assim, que a indicação da pessoa do adotante pela família biológica pode trazer enormes benefícios para todos os envolvidos, principalmente para a criança adotada, visto que torna o processo de adoção mais célere e menos doloroso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.0 A ADOÇÃO, GUARDA E TUTELA - ASPECTOS GERAIS	12
1.1 Evolução Histórica	16
1.2 Conceito e Natureza Jurídica	20
1.3 Procedimento e legislação	22
2.0 MALEFÍCIOS TRAZIDOS PELA ESPERA DE UMA FAMÍLIA	25
3.0 O ABANDONO DA MÃE BIOLÓGICA	28
4.0 MODALIDADES DE ADOÇÃO	34
4.1 Adoção à Brasileira	35
4.2 Adoção Pronta	36
5.0 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE	37
5.1 O cadastro do art. 50 do ECA	38
5.2 Inconstitucionalidade da exigência da inscrição prévia	40
5.3 Analogia com a tutela	43
5.4 O melhor interesse do menor	44
5.5 Jurisprudência	47
5.6 O Direito comparado	52
5.7 A Lei 12010/2009	53
5.8 requisitos para a concessão da adoção <i>intuitu personae</i>	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o instituto da adoção *intuitu personae* no ordenamento pátrio, dando enfoque ao melhor interesse do menor e a dignidade da pessoa humana, colocando em pauta a possibilidade de a mãe biológica, no processo de adoção, indicar a família substituta que irá criar o menor.

No primeiro capítulo, aborda-se os aspectos gerais da adoção, analisando questões básicas como natureza jurídica, conceito, parte histórica e o procedimento judicial exigido pelo ordenamento. Analisa, assim, as leis vigentes que regulamentam a adoção e traz alguns julgados sobre o tema.

No segundo capítulo, discute-se os malefícios sofridos pelas crianças abandonadas que passam anos em um abrigo à espera de uma família que se proponha a adotá-las. As críticas são embasadas em estudos científicos que comprovam que quanto maior o tempo de espera por um lar, maiores os danos causados ao menor.

No terceiro capítulo, demonstra-se a falha do sistema jurídico atual no desamparo à mãe biológica durante o processo de adoção, pois não lhe é endereçado qualquer tipo de apoio, seja psicológico, econômico ou social. A mulher, ao dar à luz, se encontra em um momento de extrema fragilidade e insegurança. Soma-se a isso o fato de ter que colocar sua prole em uma instituição pública, sem saber o destino de seu filho e a quem ele será entregue. Como se não bastasse, a genitora ainda é taxada pela sociedade como uma irresponsável, que teve um filho sabendo que não poderia criá-lo. Há, por tudo isso, um desestímulo à entrega do filho à adoção, sendo cada vez maior o número de

casos de mulheres que abandonam a criança em qualquer local no momento do nascimento. Tais questões são minuciosamente analisadas e propõem-se uma mudança nesse cenário, com maiores cuidados e atenção a todos os envolvidos no processo de adoção.

No quarto capítulo, há uma abordagem das modalidades de adoção existentes no ordenamento pátrio. Demonstra-se que a adoção *intuitu personae* não se confunde com a adoção pronta ou a adoção à brasileira.

No quinto e último capítulo, defende-se a legalidade do instituto da adoção *intuitu personae*, por ser medida que melhor atende a dignidade da pessoa humana e o interesse do menor. Faz-se, assim, um estudo analítico da exigência do cadastro previsto no art. 50 da Lei 8068/90 visto que fere os princípios acima mencionados. A analogia com o instituto da tutela demonstra que não é razoável exigir o cadastro prévio para se deferir a adoção.

Conclui-se, pois, que a adoção *intuitu personae* não só é possível, como indicada em determinados processos de adoção, visto que tal medida só traz benefícios aos envolvidos.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa qualitativa parcialmente exploratória.

1. A ADOÇÃO, GUARDA E TUTELA – ASPECTOS GERAIS

A família, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida, à saúde, à dignidade, cultura e à convivência familiar, garantindo-lhes um desenvolvimento saudável.¹ A regra, assim, é a permanência dos filhos junto aos seus pais biológicos, para que sejam criados com afeto e compreensão, conforme se observa no art. 227 da Constituição da República.

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.²

Há situações, entretanto, em que o afastamento dos genitores é o único meio de garantir ao menor uma vida saudável. Casos de maus-tratos, abandono, tortura e outras hipóteses que impossibilitam a permanência do pupilo com a família de origem não são raros no país. Nesses casos, a criança ou adolescente deverá ser inserido na denominada família substituta. Neste sentido, a lição de Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] as famílias substitutas e os pais sociais cumprem também a função de suprir o desamparo e abandono, ou pelo menos parte dele, das crianças e adolescentes que não tiveram o amparo dos pais biológicos. Assim, podemos dizer que o ECA, além de ser um texto normativo, constitui-se também em

¹O art. 6º da Declaração Universal dos Direitos da Criança é incisivo ao afirmar que “A criança tem direito ao amor e à compreensão, e deve crescer, sempre que possível, sob a proteção dos pais, num ambiente de afeto e de segurança moral e material para desenvolver a sua personalidade. A sociedade e as autoridades públicas devem propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas”. Disponível em www.portaldafamilia.org. Acessado em 01/07/2010.

²BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 227 com redação dada pela Emenda Constitucional n. 65 de 2010. Neste sentido, o art. 19 da Lei 8069/90: “Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

uma esperança de preenchimento e resposta às várias formas de abandono social e psíquico de milhares de crianças.³

A colocação da criança / adolescente em lar substituto possui natureza jurídica de medida de proteção, conforme se verifica dos artigos 98 e 101, IX do Estatuto da Criança e Adolescente, com redação dada pela Lei 12.010 de 2009⁴, e possui, no ordenamento jurídico, três modalidades: a guarda, tutela e a adoção. Esta última é, sem dúvida alguma, a mais completa de todas, pois há a inserção da criança / adolescente, no seio da família, enquanto que nas demais modalidades, o responsável não exerce de forma plena o poder familiar. Assim, a primeira grande diferença entre os institutos é que, ao contrário da adoção, na tutela e na guarda os vínculos com a família biológica não são rompidos e o menor não é acolhido na condição de filho.

A guarda implica o dever de ter a criança ou adolescente consigo e prestar-lhe assistência material, moral e educacional, conferindo a seu detentor o direito de se opor aos terceiros, inclusive aos pais (art. 33, ECA). Destina-se a regularizar a posse de fato do menor, podendo ser deferida liminarmente nos processos de adoção ou tutela. Fora desses casos, o juiz pode deferir a guarda excepcionalmente para suprir a falta dos pais. Há duas espécies de guarda, levando-se em consideração o período em que é exercida e sua origem. Denomina-se provisória quando é deferida pelo magistrado pelo prazo de 30 a 90 dias, no curso do processo de guarda, tutela ou adoção. A guarda provisória é medida de extrema importância para que a criança / adolescente tenha um período de adaptação ao novo seio familiar e possa se desenvolver de forma saudável.

³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: Pereira, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 585.

⁴MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 152.

Já a guarda definitiva é deferida por sentença nos processos em que o pedido principal é expressamente o de guarda.⁵

A tutela, por sua vez, implica, necessariamente, o dever de guarda, somando-se, ainda, o poder de representar o tutelado nos atos da vida civil e o de administrar seus bens. Diferentemente da guarda, a tutela não coexiste com o poder familiar, cuja perda, ou ao menos suspensão, deve ser previamente decretada. Entretanto, o menor tutelado, após atingir a maioridade civil ou emancipar-se, retornará a ter os vínculos de parentesco com seus pais destituídos, uma vez que no registro civil de nascimento constará apenas a averbação da perda do poder familiar. Caso o instituto seja direcionado ao incapaz órfão, não existirá a possibilidade de regresso ao convívio dos pais biológicos. Conclui-se, assim, que a tutela é instituto direcionado para os casos de órfãos de pais mortos ou declarados ausentes (art. 1728, I c/c art. 6º, todos do Código Civil) e, em casos de os pais biológicos ou civis decaírem do poder familiar (art. 1728, II c/c 1626, todos do Código Civil), quando o menor de 18 anos não puder ou não quiser ser adotado.⁶

Há, ainda, no que diz respeito à tutela, a regra do art. 1633 do Código Civil, segundo o qual “O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”.⁷

O instituto da adoção visa a inserir o menor no seio de uma nova família que irá lhe propiciar o bom desenvolvimento, suprindo-lhe, na medida do possível, todas as suas necessidades, sejam elas de natureza afetiva, psíquica, física ou econômica. Os interesses dos adultos envolvidos são secundários, devendo o juiz da

⁵Ibid, p. 156/157.

⁶Ibid, p. 178.

⁷BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

infância e juventude verificar se a adoção irá trazer reais benefícios ao menor, levando em consideração os aspectos educacionais, sociais e emocionais.

A adoção possui caráter irrevogável, ou seja, o vínculo com a família biológica se rompe de forma a nunca mais se restabelecer. A criança adotada se torna filha do adotante, com todos os direitos de um filho biológico. Como consequência desta regra, tem-se o art. 49 do ECA, o qual estabelece que o poder familiar dos pais biológicos não se restabelece com a morte dos pais adotivos. Há julgados nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. Revogação. Impossibilidade. Artigo 48 do ECA. De acordo com o artigo 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é ato irrevogável, não podendo, depois de concretizada, ficar ao alvedrio daqueles que reconheceram espontaneamente o filho. Motivos de arrependimento e ingratidão por parte do adotado, não servem, "data venia", como fundamento ao presente pedido. Recurso improvido⁸.

Nem mesmo os pais adotivos podem rever a adoção, que após o estágio de convivência, passa a ter caráter irrevogável e irretroatável⁹. Entretanto, não são raros os casos em que, após anos de convivência, os filhos adotivos são devolvidos para os abrigos de onde vieram. Esse foi o dilema vivido por Luiz, de 12 anos que, conforme relato da Revista *Época*¹⁰, chegou a uma das Varas da Infância de São Paulo apenas com uma mochila nas costas. Estava ali para ser devolvido, pois depois de cinco anos em uma família, a mãe que o adotou não o quis mais. “Foi devolvido como se fosse um saco de batatas”, disse a psicóloga da Vara da Infância, Mônica Barros Rezende, que acompanhou o caso. A alegação da mãe adotiva foi que ele não obedecia mais.

Nesses casos, os pais adotivos podem ser condenados pelo crime de abandono de incapaz, previsto no art. 133 do Código Penal e, na esfera cível, podem ser obrigados a ressarcirem o menor pelos danos morais sofridos além de terem que pagar pensão alimentícia até a maioridade.

Essa terrível situação das crianças que sofrem o segundo abandono em um curto período de tempo e em tenra idade, primeiro, por parte da família biológica e depois pela família adotiva, deve ser evitada ao máximo pelo Estado, sendo que os

⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2004.001.11029. Relator Des. José C. Figueiredo. Julgado em 16/06/2004.

⁹Nesse sentido, os artigos 39 e 47 da Lei 8069 de 13 de julho de 1990.

¹⁰MELLO, Katia; LIUCA Yoana, O Lado B da Adoção. *Revista Época*, Rio de Janeiro, 20 de julho de 2009, Globo, nº 583, p. 89.

envolvidos devem ser punidos de forma exemplar. A falta de compromisso com o desenvolvimento do menor impede um desenvolvimento saudável e acaba com a possibilidade de um futuro promissor.

1.1 A evolução histórica.

A adoção é instituto legal que possui mais de dois mil anos na história da humanidade. Hindus, persas, egípcios e hebreus praticavam a adoção como forma de culto à família. Assim dizia o art. 185 do Código de Hamurabi: “Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, esse filho crescido não poderá ser reclamado por outrem”.¹¹ A bíblia também traz relatos importantes acerca do instituto, como, por exemplo, o caso de Jacó, que adotou seus netos Efraim e Manassés, filhos de José. Moises, por sua vez, foi encontrado às margens do rio Nilo e foi adotado por Termulus, filho do Faraó¹².

Na Grécia Clássica e na Roma antiga, a adoção se baseava na idéia de que era necessário manter uma relação com os mortos, já que eles exerciam influência sobre o presente e o futuro dos vivos. Assim, uma lareira que representava essa ligação era mantida acesa dentro de casa. Entretanto, somente os chefes de família do sexo masculino podiam realizar esse ritual. Daí surge a idéia da adoção, para que as famílias que não tinham descendentes do sexo masculino pudessem continuar com o culto aos mortos.

¹¹ALVIM, Eduardo Freitas. *A Evolução Histórica do Instituto da Adoção*. Disponível em <http://www.franca.unesp.br>. Site acessado em 15/02/2010, p. 1.

¹²Ibid, p.3.

Na idade média, a adoção caiu em desuso. A igreja católica condenava a prática da adoção por ir contra a idéia de que o sacramento do matrimônio tinha o propósito maior da procriação. Aquele que não podia ter filhos devia batizar uma criança, inculcando assim a idéia de ser desnecessária a adoção. Além disso, o instituto da adoção ia de encontro aos interesses econômicos que preponderavam naquele período, pois se a pessoa morresse sem herdeiros, seus bens seriam destinados aos senhores feudais ou à Igreja¹³.

Nesse período, uma irmandade italiana, preocupada com o grande número de bebês encontrados mortos, criou a Roda dos Expostos. O nome se refere a um artefato de madeira fixado ao muro ou janela do hospital, no qual era depositada a criança, sendo que ao girar o artefato, o bebê era conduzido para dentro das dependências do mesmo, sem que a identidade de quem ali o colocasse fosse revelada. No Brasil, as primeiras iniciativas de atendimento à criança abandonada se deram, seguindo a tradição portuguesa, instalando a roda dos expostos nas Santas Casas de Misericórdia. As principais foram as de Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738), Recife (1789) e ainda em São Paulo (1825), já no início do império. Outras rodas menores foram surgindo em outras cidades após este período¹⁴.

Mas foi somente com a Revolução Francesa que a adoção foi consagrada como ato jurídico no Código de Napoleão de 1807, no título XIII de seu Livro I, arts. 343 a 360. O instituto tinha natureza essencialmente contratual, submetido a estritos requisitos para que pudesse adquirir validade plena, pois era exigido não só o consentimento das partes para seu aperfeiçoamento, mas também se requeria rigoroso trâmite processual subsequente. Segundo o art. 343, "a adoção não poderá ser feita

¹³Ibid, p. 5.

¹⁴GALLINDO, Jussara. *Roda dos expostos*. Disponível em www.histedbr.fae.unicamp.br. Site acessado em 20 de novembro de 2010.

senão por pessoa de um ou de outro sexo, maiores de 50 anos, que não tenham na época da adoção nem filhos, nem descendentes legítimos e que tenham, pelo menos, quinze anos mais que o adotado". Posteriormente, a Lei de 19 de junho de 1923 trouxe importantes modificações à adoção, sobrevivendo legislações, que culminaram por modernizar o instituto na França¹⁵.

No Brasil, a retrospectiva histórica na legislação, mostra a marca evolutiva no sentido de liberalizar a adoção, diminuindo-lhe as exigências legais. O Código Civil de 1916 previu originariamente que tão somente aqueles que não tinham filhos biológicos poderiam adotar (artigos 368 a 378). Além disso, o Código revogado previa uma série de restrições, tais como a idade mínima de cinquenta anos do adotante (art. 368), diferença de idade entre adotante e adotado de, no mínimo, 18 anos e estabelecia que o vínculo parental se limitava à pessoa do adotante e adotado (art. 376).

A Lei 3133/57 alterou alguns artigos do Código Civil (artigos 368, 369, 372, 374 e 377) para prever, principalmente que: só os maiores de trinta anos podiam adotar / o adotante tinha que ser dezesseis anos mais velho que o adotado / Quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária / O casal não precisava mais comprovar que não tinha filhos biológicos¹⁶.

Com o advento da Lei 4655/65 foi criada mais uma modalidade de adoção, a chamada Legitimação Adotiva, que dependia de decisão judicial e fazia cessar o vínculo de parentesco entre o menor e a família biológica. Previam os artigos 1º e 2º desta Lei¹⁷:

¹⁵ALVIM, *op. cit.*, p.6.

¹⁶BRASIL, Ministério da Previdência Social <http://www.dataprev.gov.br/SISLEX>. Acessado em 16/06/2010.

¹⁷BRASIL, Ministério da Previdência Social, <http://morangorj.dataprev.gov.br> Acessado em 16/06/2010.

Art. 1º É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado pròpriamente dito até 7 (sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órgão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação.

§ 1º Será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as condições exigidas.

(...)

Art. 2º Somente poderão solicitar a legitimação adotiva dos menores referidos no artigo anterior os casais cujo matrimônio tenha mais de 5 (cinco) anos e dos quais pelo menos um dos cônsoles tenha mais de 30 (trinta) anos de idade, sem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos.

Parágrafo único. Será dispensado o prazo de 5 (cinco) anos de matrimônio provada a esterilidade de um dos cônsoles, por perícia médica, e a estabilidade conjugal.

Posteriormente, a Lei 6697/79, conhecida como Código de Menores, previu a adoção plena, pela qual o vínculo de parentesco foi estendido à família do adotante, fazendo assim com que o nome dos ascendentes passasse a constar no registro de nascimento do adotado independentemente do consentimento expresso dos avôs.

Apesar de a grande evolução do tema, principalmente com a entrada em vigor do Código de Menores, observa-se que todas essas leis eram contaminadas pela discriminação e teimavam em diferenciar o filho biológico do filho adotivo, distinguindo seus direitos dentro de uma família. O art. 377 do Código Civil, com redação dada pela Lei 3.133 de 8 de maio de 1957 previa que quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária¹⁸. Já o art. 9º da Lei 4.655 de 2 de junho de 1965 previa que o adotado tinha os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorresse com filho legítimo superveniente à adoção (Cód. Civ. § 2º do art.

¹⁸BRASIL, Lei 3071 de 1916, art. 377. Informação disponível no site www.planalto.gov.br Site acessado em 20 de novembro de 2009.

1.605)¹⁹. Atualmente, todo o capítulo do Código Civil que cuidava da adoção foi revogado pela Lei 12010/2009, restando apenas dois artigos: 1618 e 1619.

A Constituição da República de 1988 trouxe uma nova roupagem para o Direito de Família e, conseqüentemente, para o instituto da adoção, pois foi positivado o princípio da isonomia. Nessa linha, o Novo Código Civil (art. 1596) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20 e 41) proibiram qualquer forma de discriminação entre os filhos biológicos ou adotivos. Com essa alteração da perspectiva da adoção, ao longo do tempo, rompeu-se com a ideologia do assistencialismo.

A adoção não é mais vista sob uma ótica contratual, em que a busca se limita a uma criança para uma família. O que se pretende atualmente em um processo de adoção é a busca de uma família para uma criança, o que é uma mudança de perspectiva, pois o instituto passa a centrar-se no seu melhor interesse do menor.

Não se distingue mais, em nenhum aspecto, o filho biológico do filho adotivo. A adoção desliga a criança de qualquer vínculo com os pais biológicos e o adotado passa a ter todos os direitos que qualquer filho tem: nome, parentesco, alimentos e sucessão. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização.

1.2. Conceito e natureza jurídica

A adoção constitui uma forma de parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente do ato de vontade dos envolvidos. O único motivo que liga adotante e

¹⁹BRASIL, Lei 4655 de 1965. Informação disponível no site www.morangorj.dataprev.gov.br. Site acessado em 20 de novembro de 2009.

adotado é a vontade de amar e ser amado. Segundo Maria Berenice Dias, “A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade –maternidade –filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”.²⁰

Clóvis Beviláqua, em um conceito mais simples, afirma que “adoção é o ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.²¹ Para Orlando Gomes, a adoção “é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural, o vínculo de filiação. Trata-se de uma ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta”.²²

Entende-se que a adoção é ato jurídico bilateral que cria um vínculo de filiação entre as partes envolvidas; é vínculo que decorre exclusivamente de um ato de vontade.

Há cinco correntes na doutrina que tentam explicar a natureza jurídica da adoção²³. Alguns doutrinadores entendem que a adoção é uma instituição²⁴. Outros afirmam que trata-se de ato jurídico²⁵. Há aqueles que preferem explicar a adoção como ato de natureza híbrida²⁶. Uma outra corrente, que foi adotada pelo Código Civil de 1916, vê no instituto um contrato²⁷. Por fim, uma quinta e última corrente vislumbra um ato complexo²⁸. Esse é o melhor entendimento, pois a adoção passa, durante seu processo, por dois momentos distintos. O primeiro deles possui natureza negocial, pois

²⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

²¹BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito de Família*, – edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 473.

²²GOMES, Orlando, *Direito de Família*: 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 381.

²³TAVARES, Patrícia Silveira. *A adoção após a Constituição Federal de 1988*. Monografia aprovada em 2002, Rio de Janeiro.

²⁴MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 9/10

²⁵VICENTE, José Carlos. *Adoção – O que é a adoção, seus efeitos e formas para se adotar*. Disponível em www.pailegal.net. Acessado em 15 de maio de 2010.

²⁶LOTUFO, Maria Alice C Zaratini Soares. *Adoção Perfil Histórico e Evolução Teleológica no Direito Positivo*. Rio de Janeiro: RT, 2002, p. 57

²⁷LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17/18.

²⁸LOPES de, José Maria Leoni. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, 4. ed: Lumen Juris, p. 151-152.

há manifestação das partes interessadas afirmando que desejam a adoção (fase postulatória). Em um segundo momento, há a intervenção do Estado, que verifica, através de uma equipe técnica, a conveniência ou não da adoção (fase instrutória).

Assim, para que a adoção se torne um ato perfeito e acabado, é necessário que haja manifestação de vontade do adotante, do adotando e do Estado.

1.3 Procedimento e legislação

A adoção se dá por meio de um processo judicial perante o juiz com competência na área da infância e juventude, se o adotado for menor de 18 anos ou perante a vara de família se o adotado for maior. Quanto à adoção de menores, há três procedimentos distintos de acordo com o caso concreto²⁹.

Na primeira hipótese, a família já convive com a criança ou adolescente que pretende adotar, e quer legitimar um sentimento filial já existente. Nesse caso, os interessados podem ajuizar o pedido de adoção em petição assinada pelos requerentes, quando os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos do poder familiar ou aderiram expressamente ao pedido (adoção consensual). Caso os pais biológicos ainda não tenham sido destituídos do poder familiar, pode-se cumular, no mesmo processo, os pedidos de adoção e destituição do poder familiar, devendo ser comprovado que eles não zelaram pelos direitos da criança ou adolescente envolvido. Como se trata de adoção litigiosa, os pais biológicos serão citados para, querendo, contestarem o pedido.

²⁹DIAS, *op. cit.*, p.. 387.

Nessas situações, o melhor interesse do menor deve prevalecer em relação à obrigatoriedade do cadastro previsto no art. 50, ECA com o intuito de minorar as consequências da medida. A Lei 12010/09 tem previsão expressa no art. 28, §3º³⁰.

Nesse sentido, também a jurisprudência:

Ação de adoção. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção Póstuma. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 42, par. 5. Interpretação extensiva. Abrandamento do rigor formal, em razão da evolução dos conceitos de filiação socioafetiva e da importância de tais relações na sociedade moderna. Precedentes do STJ. Prova inequívoca da posse do estado de filho em relação ao casal. Reconhecimento de situação de fato preexistente, com prova inequívoca de que houve adoção tácita, anterior ao processo, cujo marco inicial se deu no momento em que o casal passou a exercer a guarda de fato do menor. Princípio da preservação do melhor interesse da criança, consagrado pelo ECA. Reconhecimento da maternidade para fins de registro de nascimento. Provimento do recurso³¹.

Na hipótese de a família estar à procura de uma criança para adotar, os interessados devem requerer a inscrição no cadastro do juízo de pessoas interessadas em adotar (art. 50 da Lei 8069/90). A partir da inscrição, instaura-se um procedimento no qual os envolvidos serão ouvidos pela equipe técnica do juízo (assistentes sociais e psicólogos) e, antes da decisão que deferir a inscrição, o Ministério Público dará seu parecer.

As vagas para a adoção serão preenchidas de acordo com a ordem de ajuizamento do pedido de habilitação, respeitados os critérios estabelecidos na Portaria nº 07/2004. Habilitados e inscritos no cadastro, os interessados recebem um certificado com validade de 2 anos com o qual podem se apresentar às instituições de abrigo ou simplesmente aguardar a indicação de uma criança. O tempo de espera é bastante variável e está diretamente relacionado ao perfil da criança desejada. Das 27 mil famílias inscritas no Cadastro Nacional de Adoção, 56% querem adotar crianças de até 3 anos de

³⁰Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção. (...) § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

³¹BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.00116970. Relator Des. Rogério de Oliveira Souza, julgado em 13/06/2007.

idade e quase 40% aceitam apenas crianças da cor branca.³² Entretanto, a realidade é que a maior parte dos menores que vivem em abrigos tem perfil diferente daquele que é procurado pelos pretendentes. As restrições de cor, idade e condições de saúde são, assim, as principais razões para que ainda seja longo o tempo de espera na fila de pais e mães que optaram pela adoção.

Por último, há o procedimento da adoção para a pessoa residente no exterior. Essa é considerada pela lei medida excepcional, sendo possível, portanto, somente quando a criança ou adolescente não for acolhida por pessoa residente no país. Diferencia-se do processo de adoção formulado por nacional quanto ao estágio de convivência, que necessariamente será cumprido em solo brasileiro por no mínimo quinze dias quando criança tiver até dois anos de idade e por no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos. O processo de adoção, que tramitará perante o Juiz da Infância e da Juventude da comarca onde se encontra a criança ou o adolescente, possui procedimento de habilitação perante a Comissão Estadual Judiciária de Adoção - CEJA, observando as regras estabelecidas em seu Regimento Interno e na Convenção de Haia³³.

³²*Restrições de cor e idade continuam prolongando espera na fila de adoção.* Disponível em www.clicrn.com.br. Site acessado em 11 de julho de 2010.

³³A adoção internacional no Brasil é dividida em duas fases. A primeira fase consiste na prévia avaliação e análise dos pedidos formulados pelos estrangeiros à Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA. Este procedimento leva aproximadamente 45 dias, mas não há necessidade dos requerentes estarem no Brasil. Uma vez concedida a habilitação, os requerentes receberão um certificado válido por 180 dias, prorrogável por igual período, que deverá ser anexado ao Processo de Adoção. A segunda fase consiste em Requerer a Adoção da criança escolhida na Vara da Infância e da Juventude da localidade em que reside a mesma. Nesta fase os Requerentes precisarão estar no Brasil para o estágio de convivência antes de ser deferido o pedido de Adoção. Informações retiradas do site www.consuelomachado.com, Adoção Internacional no Brasil.

2. OS MALEFÍCIOS TRAZIDOS PELA ESPERA DE UMA FAMÍLIA

Recente estudo publicado na revista ÉPOCA³⁴ revela que há, atualmente, 80 mil crianças nos abrigos espalhados pelo Brasil, sendo que apenas 3.277 estão aptas a serem adotadas, pois somente nesses casos houve a destituição do poder familiar.

A morosidade no processo de adoção, na destituição do poder familiar e a rejeição de crianças com mais de três anos de idade são alguns dos fatores que fazem com que milhares de crianças passem suas infâncias em orfanatos, sem receber a atenção e o carinho de que precisam, o que lhes acarreta inúmeros malefícios, como demonstram diversos estudos³⁵. Um deles, realizado pela Universidade de Minnesota, citado por Suely Mitie Kusano, em sua tese de doutorado³⁶ revela que, em uma pesquisa com mais de 300 crianças adotadas, aquelas que foram inseridas nas famílias substitutas até o quarto mês de vida tiveram melhor desempenho em praticamente todos os quesitos do que as crianças adotadas aos oito meses de idade ou mais tarde, mesmo os dois grupos tendo cuidados bastante semelhantes.

Há também importante pesquisa realizada por Harry Chugani³⁷, neurologista do Children's Hospital de Michigan, em que foram comparadas tomografias funcionais do cérebro de 16 crianças: oito aparentemente saudáveis e adotadas e oito criadas por suas famílias de origem. Descobriu-se que as oito crianças

³⁴MELLO, Katia; LIUCA Yoana, op. cit, p. 90 e 91.

³⁵KUSANO, Suely Mitie. *Adoção Intuito Personae*. Doutorado em direito pela Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 75. Disponível em www.dominiopublico.gov.br. Site acessado em 20 de julho de 2009.

³⁶Ibid, p. 76.

³⁷Ballone, Moura. *Criança Adotada e de Orfanato*. Disponível em www.psiqweb.med.br, acessado em 13/09/2009.

adotadas apresentaram evidências de metabolismo anormal numa área específica do lobo temporal do cérebro.

Notou-se ainda que a negligência no desenvolvimento das crianças é mais acentuada em dois momentos de suas vidas: no segundo semestre de vida e entre dois e três anos de idade. Assim, nesses períodos, a permanência em um orfanato tende a causar consequências mais gravosas em seu desenvolvimento. Conclui-se, por esses estudos, que as crianças adotadas até os dois anos de vida se desenvolvem muito mais rápido e com menos sequelas do que as crianças adotadas tardiamente.

A nova Lei de Adoção (Lei 12010/2009), que introduziu as alterações na Lei 8069/90, procura solucionar, em parte, o problema da longa espera de uma criança por uma família. Dentre as mudanças relevantes, a nova lei prevê que a permanência de uma criança em um abrigo sem a destituição do poder familiar não será maior que dois anos, salvo comprovada necessidade em prol do melhor interesse do menor, conforme se verifica no art. 19, §2º:

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária³⁸.

As equipes judiciais das Varas da Infância e Juventude terão ainda que fazer relatórios semestrais sobre cada criança abrigada, devendo decidir, com base em estudo feito pela equipe técnica, sobre a possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta. Além disso, a gestante ou a mãe, que deseja entregar o filho à adoção, terá que ser encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude (ECA 13, parágrafo único).³⁹ O consentimento para a adoção deve ser precedido de

³⁸BRASIL, Lei 8069/90 com alteração da Lei 12010/2009. Disponível no site www.planalto.gov.br. Site acessado em 20 de novembro de 2009.

³⁹BRASIL. Lei 8069/90, Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

esclarecimento prestado por equipe interprofissional, em especial, sobre a irrevogabilidade da medida (ECA 166, § 2º).⁴⁰ A manifestação precisa ser colhida em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público, e isso depois de esgotados os esforços para a manutenção do filho junto à família natural ou extensa (ECA 166, § 3º).⁴¹

Visa-se a, com tais medidas, diminuir a quantidade de crianças e adolescentes que ficam esquecidas e abandonadas por anos e anos em um abrigo, sendo despejadas à rua quando completam 18 anos.

Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

⁴⁰BRASIL. Lei 8069/90, Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

⁴¹§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

3.O ABANDONO DA MÃE BIOLÓGICA

A dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, é valor absoluto no ordenamento pátrio, assegurado pela Carta Magna, em seu art. 1º, III. Trata-se de valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, que conduz a um sentimento de respeito consciente e responsável da vida e pelos seus pares. “É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.”⁴²”

Portanto, ainda que se opte, em determinada situação, pela predominância de interesses coletivos sobre interesse individual ou se queira tutelar a situação de um vulnerável, como é o caso do menor em processo de adoção, estas opções nunca podem sacrificar, em absoluto, o valor da pessoa. As demais partes envolvidas no processo devem ser tratadas com respeito e decência. A proteção da criança e do adolescente em situação de risco não pode ser utilizada como respaldo para situações de verdadeiro abandono e descaso com a família biológica.

O que habitualmente acontece, entretanto, é que a partir do momento em que a mãe biológica manifesta sua vontade de entregar o seu filho à adoção, há a gradativa dissolução do poder familiar e toda a atenção, a partir desse momento, é voltada

⁴² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

para a criança e sua nova família, que passam por acompanhamento psicológico, estudos sociais, audiências com promotores de justiça e juízes especializados no assunto.

Não há amparo estatal endereçado à mãe biológica, que fica entregue ao julgamento social e à sua própria sorte. A genitora parece ter a única função de dar à luz à criança e entregar-lhe para um abrigo, e a partir de então ela perde a importância no processo adotivo. Trata-se de conduta de desvalorização do ser humano que fere de morte a Lei Maior e viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aquela que tem a coragem de entregar o próprio filho para adoção não receberá em troca compaixão, apreço, compreensão, mas sim, críticas e julgamento. A própria família adotante estigmatiza a mãe biológica, talvez pelo medo e insegurança de um dia a criança querer conhecer sua família de origem. Aprende-se assim que o melhor a ser feito é ignorar e discriminar essa mulher, exatamente no momento em que, em regra, está mais frágil, pois é fato que abrir mão de um filho é um ato doloroso e de extrema coragem.

Não raro, a mãe biológica é vista como vilã no processo de adoção, pois independentemente da decisão que venha a tomar, sofrerá o julgamento social: se decidir criar o filho a que deu à luz, mesmo sem ter condições de fazê-lo, a sociedade a chama de inconsequente, pois estará formando “mais um marginal que irá, invariavelmente, entrar para o tráfico”. Caso decida abandonar o filho na rua, “é uma mulher sem coração, que deve passar o resto de sua vida na cadeia”. Ao resolver colocá-lo em um abrigo, “ela deveria ter pensado melhor antes de engravidar”.

Ao mesmo tempo em que há campanhas feitas pelo Estado que estimulam a adoção, a mãe biológica é incentivada implicitamente, a não entregar o filho para não sofrer o estigma da mãe que não ama, da mãe que abandona. A mesma

sociedade que encoraja a adoção, julga e pune as decisões da família de origem sem ao menos ouvir sua história, seus medos e angústias. Há um prejulgamento e uma contradição entre tais condutas.

Ora, se é direito da pessoa humana constituir família e optar por ter ou não um filho, também constitui valor fundamental o direito de a mãe biológica escolher a família substituta que irá acolher a criança e criá-la. Caso contrário, serão violados os direitos da genitora à liberdade, autonomia, dignidade e o direito de exercer a maternidade de forma responsável, ainda que através da entrega do filho a outrem.

Lara Patrícia Wunderlich realizou trabalho de campo com mulheres que entregavam seus filhos à adoção. Eis as conclusões a que chegou:

Infelizmente, o preconceito e pontos de vista sem a necessária reflexão teórica e metodológica ainda permeiam muitos espaços por onde passam estas mulheres. Preconiza-se incessantemente no processo de entrega em adoção a defesa dos interesses da criança (ECA), e o posicionamento mais comum dos profissionais diante das mães biológicas é o de que elas não têm a mesma importância que o filho. Atualmente, a doação de um filho é simbolizada pela “rejeição e abandono de uma criança pela mãe”. É preciso desmitificar essa associação genérica entre adoção e abandono. Ainda, preconiza-se muitas vezes manter o vínculo com a mãe biológica a qualquer preço. A permanência de mães com um filho sem que esta tenha condições externas, internas ou ambas para fazê-lo, pode levar as mães a abandonem seus filhos em outro momento, favorecendo a ocorrência do problema da adoção tardia e colocando em risco o desenvolvimento afetivo do bebê. Considerando tais fatores, pode-se verificar que a ausência de elaboração adequada na doação de um filho pode explicar alguns casos nos quais o ciclo abandono-adoção tende a se repetir, pois, das mulheres entrevistadas, apenas uma doou um único filho. Esta ocorrência aponta para a necessidade de favorecer um espaço onde seja possível escutá-las.⁴³

Enfim, a mãe biológica é sempre vista como uma pessoa má, despreparada, sem coração, que não se importa com a criança e independentemente da decisão que tomar acerca do futuro de seu filho, ela será execrada pela sociedade, que estará pronta para julgá-la. Dificilmente, há o acolhimento e a compreensão da mãe biológica. Conforme ensina Leticia Lofiego Sanches:

⁴³WÜNDERLICH, Lara Patrícia. *Uma reflexão sobre a entrega dos filhos em adoção pelas mães biológicas*. Disponível em <http://www.holos.org.br/artigos/125/>. Acessado em 19 de junho de 2010.

A postura preconceituosa de grande parte da sociedade com as mães que entregam seu filho para adoção gera sérias conseqüências. Como, segundo a cultura atual, todas as mulheres têm que ser mães e boas mães, uma mulher que entrega seu filho é desvalorizada, vista como desnaturada. O que não se percebe é que ela foi por duas vezes “agredida” socialmente: pela não existência de condições mínimas e básicas de sobrevivência e, como resultado dessa situação é “obrigada” a entregar seu filho. Esse é um dos motivos que causa a invisibilidade da importância da existência de trabalhos voltados a estas mães, que são esquecidas, tornam-se “anônimas” após a entrega⁴⁴.

Segundo Maria Antonieta Pisano Motta⁴⁵, o questionamento sobre o motivo para adotar é frequente e considerado muito importante no que diz respeito à tentativa de garantir que o vínculo a ser estabelecido entre pais e filhos adotivos seja o melhor e mais adequado possível. Entretanto o questionamento sobre o motivo que levou a mãe biológica a entregar um filho parece não ter a mesma relevância. Aceita-se a idéia de que a criança foi abandonada e/ou rejeitada, pelo fato de ter sido entregue em adoção. As genitoras passam por um grave período de luto, muitas vezes acompanhado de intenso sofrimento na mais completa solidão.

Soma-se a isso o fato de que no Brasil, a genitora que resolve entregar um filho à adoção deve aceitar o fato de que nunca mais terá notícia de seu paradeiro, sem ter direito de saber ao menos se a criança está se desenvolvendo, sendo educada, bem tratada e criada com carinho. A mãe biológica deve efetivamente acreditar que o seu filho morreu. Assim, aquela que pariu a criança não saberá sequer se fez a escolha certa ao entregá-la ao Estado. A sociedade acaba por incentivar, ainda que indiretamente, que a mãe biológica entregue seu filho diretamente a uma pessoa de sua confiança que esteja disposta a criar o menor. Desta forma, a genitora é poupada da exposição pública e do sentimento de estigmatização e vergonha.

⁴⁴SANCHEZ, Leticia Lofiego. *A Invisibilidade das Mães Biológicas no Processo de Adoção*. Disponível em www.franca.unesp.br. Acessado em 30 de março de 2010.

⁴⁵MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *O abandono/adoção – redimensionando a equação*. Disponível em: <http://www.lexxa.com.br/PBA/abadredi1.htm>. Acesso em 30 mar.2010.

Na maior parte dos casos, as mães que tomam a decisão de entregar seus filhos para a adoção já se encontram em estado de total abandono por parte do Estado. Há uma condição sócio-econômica desfavorável, gravidez não planejada ou indesejada, ausência da figura paterna, rejeição da família quanto ao bebê e ausência total de perspectiva para o futuro. Esse descaso, somado ao fato de não saber o que acontecerá com o seu filho, leva essa mãe a tomar medidas desesperadas.

A Lei 12010/2009 procura acabar com esse problema, ao prever que incube ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe no período pré e pós-natal, inclusive para aquelas que manifestarem o interesse em entregar seus filhos à adoção⁴⁶. Entretanto, ainda há muito o que ser feito. O Estado deve criar aparato para dar o real suporte que essas mães necessitam e o acompanhamento deve ser feito a longo prazo, a fim de que se garanta uma vida digna para aquela que abriu mão de seu filho.

A mãe que toma a decisão de entregar seu filho à adoção deve receber todo o amparo dos órgãos públicos e apoio de todos os ramos da sociedade. Entretanto, o amparo de especialistas no momento pós-parto não resolve todos os dramas vividos pela mãe biológica. Com toda a certeza, é muito mais reconfortante para a gestante conhecer o destino do filho a que deu à luz e manter contato com os pais adotivos, se possível, desde o início da gestação. Galdino Augusto Coelho Bordalho, ao comentar a possibilidade de os pais biológicos indicarem a pessoa do adotante, coloca a questão de forma bastante elucidativa:

Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são os detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem estar de seu rebento. Temos que deixar de encarar os pais que optam por entregar seu

⁴⁶BRASIL. Lei 8069/90 “Art. 8º, § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse”.

filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois, se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo amor e carinho por seu filho, buscando aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar essa escolha.⁴⁷

A mãe biológica, mesmo que opte pela adoção e não queira assumir a responsabilidade pela criação de seu filho, tem o instinto de proteger sua cria e zelar pelo seu bem estar. Deixá-la a par dos acontecimentos – da escolha da família adotiva - é uma forma de demonstrar que sua opinião importa tanto para o Estado e para a Sociedade. A genitora do menor deve ser tratada com dignidade e respeito, sob pena de se incentivar práticas ilícitas, tais como o abandono em locais de perigo, a adoção pronta, adoção à brasileira e, em casos mais drásticos, até o infanticídio.

⁴⁷BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, aspectos teóricos e práticos, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 251 e 252.

4. MODALIDADES DE ADOÇÃO:

Há diversas modalidades de adoção cuja classificação decorre da forma como é postulada e de quem a postula.⁴⁸ Pode assim a adoção ser bilateral (art. 42, §2º, do ECA), unilateral (art. 41, §1º, ECA), póstuma (art. 42, §6º, ECA) ou *intuitu personae*⁴⁹.

A adoção bilateral é aquela em que os adotantes são casados civilmente ou vivem em união estável, sendo necessária comprovar a estabilidade familiar. Cabe ressaltar que a regra geral é que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, constituindo exceção a existência de dois adotantes. O art. 42, §3º do ECA, com redação dada pela Lei 12010 de 2009, estabelece que: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Tal regra existe para que se garanta à criança ou adolescente, uma família com todas as características psicossociais da família natural.

Já a adoção unilateral é aquela em que através da adoção, se altera uma das linhas de parentesco, a materna ou paterna. É permitida assim a adoção de um dos filhos do cônjuge ou companheiro pelo outro. Há previsão desse instituto no art. 42, §1º do ECA: “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”.

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 Lei

⁴⁸BORDALHO, op. cit. p. 247.

⁴⁹Ibid.

8069/90, com as alterações feitas pela Lei 12010/2009, previu a adoção póstuma em seu 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.” O capítulo cinco do presente trabalho tratará da adoção *intuitu personae* de forma exaustiva.

Há ainda duas figuras – adoção à brasileira e adoção dirigida - que não podem ser consideradas como modalidades de adoção por não serem reconhecidas no ordenamento pátrio. Entretanto, como são corriqueiras no dia a dia, há necessidade de explicar os institutos.

4.1 A adoção “à brasileira”

Na adoção à brasileira, a mãe biológica entrega a criança logo após o nascimento a uma determinada pessoa - o adotante -, que vai diretamente ao cartório e registra o menor como sendo seu filho biológico sem se submeter aos tramites e exigências legais⁵⁰.

Tal prática é tipificada como crime no Código Penal, em seu art. 242⁵¹, com pena prevista de 2 a 6 anos de reclusão. Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo prevê que poderá ser aplicado o perdão judicial se o ato é praticado por motivo de reconhecida nobreza.

⁵⁰BORDALHO, op. cit, p. 255.

⁵¹BRASIL, Decreto-Lei 2848 de 1940, 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.

O que se busca, na verdade, é driblar o procedimento moroso e a burocracia da adoção. Além disso, esconde-se a verdadeira origem da criança, que, para todos os efeitos, já nasceu na família em que foi criada. Entretanto, se a farsa é descoberta, inúmeros transtornos emocionais são enfrentados pelos envolvidos, principalmente para o adotado, que se vê privado de conhecer seu passado, sua história e perde sua personalidade.

4.2 A adoção pronta:

Na adoção pronta, a criança passa longo período com a família afetiva que, após a consolidação dos laços, procura o judiciário para regularizar a situação do menor. Aguarda-se determinado período (normalmente de um ano), até que a criança crie forte vínculo com os envolvidos, de forma a evitar que algum membro do judiciário ou do Ministério Público determine que a criança seja retirada do lar onde vive e seja entregue ao primeiro casal da fila de espera. A regularização pressupõe a existência de uma situação ilegal ou, ao menos, incorreta, eis que baseada em mentiras ou omissões dos pais adotivos.

Não se confunde a adoção pronta com a adoção *intuitu personae*, uma vez que nesta, não há que se falar em criação anterior de vínculo entre adotante e adotado. Basta manifestação de vontade da mãe biológica e dos demais interessados no sentido de entregar a criança para determinada pessoa. Evita-se assim a irregularidade da situação do menor.

5. A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Na adoção *intuitu personae*, os pais biológicos, normalmente a mãe, indicam a pessoa do adotante, de forma fundamentada, sendo desnecessário o prévio convívio ou a criação do laço de afinidade entre adotante e adotado bem como a prévia inscrição da pessoa indicada no cadastro do art. 50 do ECA.

Nos dizeres de Galdino Augusto Coelho Bordallo, nessa modalidade de adoção, “há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, ocorrendo essa escolha em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário”.⁵² Não se confunde com a adoção à brasileira, que ocorre quando o adotante registra filho alheio como próprio sem o crivo do judiciário.

A adoção *intuitu personae* não é bem aceita por parte da doutrina⁵³ que alega, na maioria das vezes, que tal modalidade de colocação em família substituta desrespeita o cadastro previsto no art. 50 do ECA. Alguns operadores do direito⁵⁴ afirmam ainda que os pais biológicos não são pessoas qualificadas para a indicação da família adotiva, devendo o Estado intervir nessa escolha. Por fim, há aqueles que alegam que a adoção *intuitu personae* não pode ser aceita por não haver previsão expressa no ordenamento quanto a essa figura. Tais afirmações não procedem como se verificará a seguir.

⁵²BORDALHO op. cit, p.251.

⁵³ALMEIDA Julio Alfredo de. *A adoção intuitu personae* – uma proposta de agir. In: TRINDADE, Jorge (Coord.), *Direito da Criança e do Adolescente* - uma abordagem multidisciplinar, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 54: Livraria do Advogado, p. 197.

⁵⁴ Ibid.

5.1 O cadastro do art. 50, ECA.

O Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Júlio Alfredo de Almeida, considera que a observância ao cadastro do art. 50 é obrigatória e absoluta, só podendo ser mitigada em três situações específicas: parentesco, afinidade e afetividade. Fora dessas hipóteses, afirma o autor, “a adoção *intuitu personae* há que ser tratada e combatida de forma absolutamente rápida, precisa e rigorosa, impedindo-se a formação dos vínculos”.⁵⁵

É inegável que o cadastro previsto no art. 50 do ECA é de suma importância, e possibilita um estudo aprofundado acerca de quem são as pessoas que mais adotam, qual o tipo de criança escolhida, o local onde é maior o número de adoções, etc. Permite ainda um acompanhamento psicológico e social dos pais adotivos. Entretanto, o aumento das adoções ilegais no Brasil demonstra a falência do instituto e a necessidade de mudanças.

Um estudo citado pelo próprio autor Julio Alfredo de Almeida,⁵⁶ indica que em 35% das adoções, não houve qualquer diligência para o estudo social e em 95% dos casos, não houve avaliação psicológica antecedente à inscrição no cadastro de adotantes da comarca.

Em outro estudo, realizado pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, ficou demonstrado que 72,7% das adoções realizadas entre 1991 e 2000 no Fórum da Comarca de Ribeirão Preto eram adoções prontas ou diretas, nas quais os

⁵⁵Ibid, p. 197.

⁵⁶Ibid, p. 200.

adotantes solicitavam a regulamentação de uma criança que já se encontrava convivendo com a família.⁵⁷

Tais apontamentos demonstram que a validade e a eficiência do cadastro merecem sérios questionamentos. Concorde-se com Suely Mitie Kusano⁵⁸, para quem o estudo e a avaliação feita por psicólogos e profissionais da área devem ser realizados no caso concreto, após já identificados adotantes e adotado, para que seja possível identificar as particularidades que cada adoção exige.

A psicóloga Marilze Vargas⁵⁹ concluiu, em trabalho realizado, que a absoluta prioridade que se dá em atender a ordem cronológica da fila deixa, por vezes, o melhor interesse do menor de lado. O primeiro da fila pode não ser a pessoa adequada para cuidar de uma criança com determinadas características particulares. O requisito previsto na lei – inscrição no cadastro da comarca - não pode ser o único a determinar qual a família indicada para a boa criação do menor.

Defende-se que a mãe biológica tem pleno direito de indicar qual será a nova família que criará e educará o filho a que ela deu à luz quando assim desejar. A preocupação da genitora com o futuro de sua prole é sentimento nobre, e não deve em hipótese nenhuma ser desprezada. O Estado, ao substituir de imediato a vontade da mãe biológica, viola a dignidade da pessoa humana, e pratica conduta discriminatória, violenta, que merece ser rechaçada.

Ressalta-se que não há nenhum artigo no ordenamento jurídico que determine que a adoção só possa ser feita por pessoas previamente cadastradas. O art. 50 do ECA prevê tão somente que será mantido em cada comarca ou foro, pela entidade

⁵⁷MARIANO, Fernanda Neisa e FERREIRA; Maria Clotilde Rossetti. *Que perfil da família biológica e adotante, e da criança adotada revelam os processos judiciais?* Disponível em www.scielo.br/prc. Site acessado em 19/12/2009.

⁵⁸KUSANO, op.cit, p. 165.

⁵⁹ VARGAS, Marilze Maldonado. *A Adoção pronta ou adoção por intuito personae in Infância e Cidadania*. São Paulo: Letra Livre Desing Editorial, 2000, p. 61/67.

judiciária, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e também de pessoas interessadas na adoção. É esse também o entendimento jurisprudencial:

Apelação Cível. Adoção. Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (adoção *intuitu personae*), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si. Desproveram. Unânime⁶⁰.

Normalmente, a mãe biológica aceita entregar seu filho à adoção por não possuir condições psicológicas, sociais ou financeiras de criar o menor. Cria-se a expectativa de que a família adotiva poderá dar um futuro melhor ao adotado, dando-lhe um lar de amor, afeto, compreensão. Espera-se também que a criança terá a chance de um futuro melhor, com boa instrução nos estudos. Nesses pontos, a mãe biológica pode apontar qual a família que ela considera ter uma melhor formação ética, cultural, religiosa e profissional para cuidar do menor.

Entretanto, tal família poderá ser rejeitada pelo juízo competente, caso fique apurado, após oitiva dos envolvidos (requerentes, pais, Ministério Público, psicólogos e assistentes sociais) que a adoção não atende aos interesses do adotando. Deve-se deixar claro, assim, que toda e qualquer adoção, mesmo a *intuitu personae*, sempre dependerá de processo judicial, no qual é imprescindível a avaliação do adotante por equipe técnica especializada.

5.2 A inconstitucionalidade da exigência de inscrição prévia:

⁶⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006597223. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santo. Julgado em 13/08/2003.

O direito à convivência familiar deve ser garantido a toda e qualquer criança, adolescente ou jovem, considerando aqui não só a proteção às famílias biológicas, mas também às famílias substitutas, conforme art. 227 da Constituição Federal⁶¹.

Entretanto, para que se dê efetividade a tal dispositivo constitucional, é necessário que se encontre um lar às crianças em disponibilidade para a adoção em um menor tempo possível, para que se evite seqüelas psicológicas irreversíveis. Entre em cena, novamente, o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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.

A finalidade precípua do cadastro é agilizar o processo de adoção, pois no momento em que há a destituição do poder familiar e a criança está pronta para a adoção, é necessário que já haja casais disponíveis. Caso contrário, a adoção levará muito tempo, o que viola o melhor interesse do menor. Cabe ressaltar, no entanto, que a lista passou a ser “idolatrada”, e muitos operadores do direito só admitem que haja adoção com a observância prévia do cadastro.⁶²

Deve-se entender que a adoção é, antes de mais nada, um ato de amor, e que nenhum instrumento estritamente objetivo será capaz de solucionar problemas tão complexos. Muitas vezes, a pessoa que se propõe a adotar o filho de uma vizinha ou uma criança que lhe foi entregue quando ainda era recém nascida, nunca pensou em adoção e, por isso, não se inscreveu na lista de espera. Entretanto, enxerga claramente

⁶¹“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”. Disponível no site www.planalto.gov.br. Acessado em 14 de julho de 2010.

⁶² ALMEIDA, Julio Alfredo de, *A Adoção do recém-nascido no ECA e no Projeto de Lei Nacional da Adoção*. Disponível no site www.mp.rs.gov.br. Acessado em 01/06/2010.

aquela criança em especial como um filho. Nesses casos, em que há expressa concordância da mãe biológica e que há uma identificação verdadeira de mãe e filho entre adotante e adotado, não há motivo plausível para se negar a adoção.

A atitude de alguns juízes da infância e juventude ou de promotores de justiça é lamentável. Esses operadores do direito, que se consideram donos da criança e possuem a pretensão de achar que sabem o que é melhor para aquele indivíduo, não concedem a adoção personalizada e determinam que a criança seja entregue ao primeiro da lista.

Eles se esquecem de levar em consideração a vontade daquela que teve o maior gesto de amor no processo de adoção: a mãe biológica. Abrir mão de um filho e entregar-lhe para a adoção, para lhe assegurar um futuro melhor é ato digno de aplausos. E mais: a questão do cadastro prévio só tem relevância quando se trata de uma criança pequena (comumente até 02 anos de idade) e em perfeitas condições de saúde. À medida que o menor se desenvolve e cresce, a apresentação de um casal predisposto a adotar é visto como um milagre, e não se questiona a ausência de inscrição na lista nacional. Trata-se, assim, de verdadeira hipocrisia. A visão restrita de que o cadastro prévio é de observância absoluta viola não só o melhor interesse da criança e o direito à proteção integral como também o direito à convivência familiar. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Portanto, o que era para ser um simples mecanismo, um singelo instrumento agilizador de um procedimento transformou-se em um fim em si mesmo. Em vez de um meio libertário, passou a ser um fator inibitório e limitativo da adoção (...) Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezá-lo totalmente afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes.⁶³

Assim, o cadastro do art. 50 da Lei 8069/90, que foi criado com o fim de agilizar o processo de adoção, virou um fim em si mesmo e passou a dificultar e inibir o

⁶³DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em www.mariaberenicedias.com.br. Site acessado em 19/12/2009.

procedimento. Não se pode desprezar o melhor interesse dos envolvidos simplesmente para cumprir com determinada norma de caráter instrumental.

5.3 ANALOGIA COM A TUTELA

O Código Civil prevê, em seus artigos 1728, I e 1729, caput e parágrafo único, que a colocação do menor em família substituta pode ser feita mediante a tutela. Nesses casos, a nomeação do tutor compete exclusivamente aos pais⁶⁴.

No caso de morte ou de ausência, os pais devem nomear tutor em testamento ou outro documento autêntico. O tutor será responsável pela educação, saúde, alimentação e demais deveres inerentes a essa condição. Coloca-se assim o seguinte questionamento: se na tutela é permitido aos pais escolher de forma direta os tutores de seus filhos sem que o juiz possa interferir na indicação, porque razão os pais biológicos, quando vivos, não podem escolher a família adotiva dos filhos entregues à adoção?

O raciocínio seguido para a concessão da tutela (os pais sabem quem é a melhor pessoa para cuidar de seus filhos em caso de morte ou ausência) deveria ser o mesmo para a adoção. Tal questão não é enfrentada pelos doutrinadores que se posicionam contrariamente à adoção personalizada.

Segue-se aqui a mesma linha de raciocínio exposta por Suelly Mitie Kusano, para quem, na adoção, deveria ser observada a mesma sistemática dos artigos 1731 e 1732, CC:

⁶⁴BRASIL. Lei 10406/2002, art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar. Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

Seguindo a mesma sistemática prevista para a tutela nos arts. 1731 e 1732 do novo Código Civil e observados os impedimentos parentais adequados para a adoção, deveria ser acolhida, preferencialmente, a indicação feita pela mãe ou por ambos os pais, no exercício do poder familiar, admitida a adoção *intuitu personae*, podendo tal indicação recair sobre a pessoa do cônjuge ou do companheiro da genitora (adoção unilateral) ou parentes do adotando, independentemente de prévia inscrição no cadastro de adotantes.

Não havendo expressa e fundamentada indicação do adotante pela mãe ou pai que detenha o poder familiar, será aceito o estranho cadastrado, se este se apresentar como mais conveniente aos interesses do menor – tal assertiva é corroborada pelo projeto de lei de alteração do novo Código Civil que, acrescentando parágrafo único ao art. 1731, estabelece textualmente que “poderá o juiz, levando em consideração o melhor interesse do menor, quebrar a ordem de preferência, bem como nomear tutor terceira pessoa”⁶⁵

Não há qualquer razoabilidade em se respeitar a opinião da genitora após sua morte e desrespeitá-la quando ela está viva. Evidente que aquele que for escolhido pelos pais para ser o adotante do menor, passará por estudo psicológico, por avaliação dos assistentes sociais e deverá, ao final, ter a chancela judicial.

5.4 O melhor interesse do menor

O princípio do melhor interesse do menor constitui um dos três princípios gerais e orientadores do ECA (ao lado do princípio da prioridade absoluta e do princípio da municipalização). Tal princípio serve de orientação ao aplicador da lei que, no caso concreto, deve garantir, acima de todas as circunstâncias, o respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e adolescentes. Nas precisas palavras da Professora Andréa Rodrigues Amin:

Indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção

⁶⁵KUSANO, op. cit, p. 134.

constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.⁶⁶

Em se tratando de adoção, a indicação pelos pais biológicos (quando não destituídos do pátrio poder) da família adotiva e, quando possível, a oitiva da criança, são, a princípio, as melhores formas de atender ao melhor interesse do menor. A família previamente escolhida poderá atender aos anseios específicos da criança, com uma melhor integração e adaptação do menor da nova entidade familiar.

O critério estritamente objetivo de seguir a ordem cronológica da lista afronta a proteção integral da criança que, para ser garantida, necessita de individualização de cada caso de adoção, segundo suas peculiaridades. As circunstâncias variam de criança para criança, de família para família

Recentes trabalhos realizados por especialistas na área de educação infantil⁶⁷ demonstram que um dos maiores traumas sofridos pelas crianças no processo adotivo é a ruptura dos vínculos anteriores à adoção. Foi constatado que dos 6 aos 24 meses, o bebê já possui ações tendentes a seguir a mãe que se afasta, de recebê-la com euforia quando se aproxima e de enxergar na figura materna um ponto de conforto e segurança.⁶⁸

A afeição específica faz ainda com que a criança sinta, por instinto, medo de estranhos. Há uma ansiedade acerca da separação que começa a surgir com os 8 meses de idade e vai sendo atenuada naturalmente com dois anos de idade. O afastamento brusco da mãe ou da pessoa que lhe faz as vezes nesse período em diante equivale a

⁶⁶AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In. Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, aspectos teóricos e práticos, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

⁶⁷BOWLBY, John. *Apego, a natureza do vínculo*. São Paulo: Martins Fontes: 1990, p. 283/287.

⁶⁸Ibid.

morte, podendo deixar a criança com traumas irreversíveis⁶⁹. Sustenta-se assim, que, quando possível, não deve haver rupturas absolutas no processo de adoção.

Nesse contexto, a indicação da família adotante pela mãe biológica possibilitaria um processo de adaptação e convivência harmônicos, sem grandes traumas para criança com a nova família. Seria ainda possível que a criança não perdesse sua referência pretérita, podendo conhecer suas origens e manter contato com sua família biológica.

Pessoas adotadas, comumente buscam conhecer sua origem biológica, e como não possuem qualquer informação sobre seu passado, se veem desesperadas atrás de qualquer vestígio de suas mães biológicas ou dos irmãos que deixaram para trás.

Rafael, que foi adotado por uma família francesa, veio ao Brasil, Porto Alegre, em busca de suas origens: “– Eu procurava uma mãe e encontrei uma família inteira”. Ele conheceu a história de Ivana, sua mãe biológica que, quando deu à luz era uma menina órfã, de 16 anos e foi entregue pela tutora à antiga Fundação Estadual do Bem Estar do Menor (Febem) com o bebê Rafael, de um ano e seis meses. Não viu outra saída senão entregá-lo à adoção.– Estou feliz. Quero voltar para a França, ganhar a minha vida, aprender português e poder retornar um dia com mais calma. Encontrei o que eu desejei a vida inteira, e não quero que a história acabe aqui – disse⁷⁰. A história de Rafael se repetiu tantas vezes, que a nova lei de adoção (Lei 12010/2009) prevê expressamente que o adotado tem direito irrestrito a conhecer sua origem biológica:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.(NR)

⁶⁹Ibid, p. 283/287.

⁷⁰FISHER, Ricardo. Disponível em www.filhosadotivosdobrasil.com.br. Site acessado em 19/12/2009.

O acesso ao passado se tornaria mais fácil caso fosse reconhecida no direito pátrio a adoção *intuitu personae*. Isto porque as famílias biológicas e adotivas da criança já possuiriam um elo, um laço de confiança, o que possibilitaria que as duas famílias sempre mantivessem contato para o bem estar do adotado.

5.5 Jurisprudência

Os Tribunais de Justiça Nacionais já possuem algumas decisões específicas que concedem a adoção a pessoas que não estão previamente cadastradas conforme determina o art. 50, ECA, conforme se percebe abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO. PAIS AFETIVOS. NÃO OBEDIÊNCIA À LISTA DE ADOÇÃO. INTERESSE DO MENOR. 1. Não se contesta a validade da lista de adoção, que, sem dúvida, deve ser obedecida, a fim de evitar-se possíveis irregularidades no procedimento de adoção. 2. Todavia, in casu, determinar a ida do menor para um abrigo, retirando-o dos braços e cuidados dos agravantes não parece ser a melhor solução para o caso, mormente porque a criança se encontra, desde o primeiro dia de vida, conforme o depoimento da própria mãe biológica do menor, sob os cuidados dos agravantes, devendo-se ponderar entre o interesse do menor e a autoridade da lista de adoção. Prevalência do interesse do menor. 3. Provimento do recurso⁷¹.

Verifica-se, no presente caso, que o aplicador da lei ponderou os interesses em jogo, quais sejam: a observância do art. 50 do ECA e a permanência da criança com a família afetiva, e chegou à conclusão de que deveria ser aplicado ao caso o Princípio do Melhor Interesse do Menor. Assim, a solução mais adequada para o caso é determinar que a criança continue na companhia daqueles que já são uma referência de amor, carinho e segurança.

⁷¹BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 2008.002.09325. Relator Des. José Carlos Paes. Julgamento em 12/12/2008.

Entretanto, o relator do processo considerou tão somente, para o deslinde do caso, o interesse da criança, não desenvolvendo a questão da escolha feita pela mãe biológica.

Agravo de instrumento. Adoção. Menor que, com dois dias de vida, foi entregue pela mãe biológica aos agravantes. Adoção dirigida ou *intuitu personae* que permite à mãe biológica entregar a criança a terceiros, que passam a exercer a guarda de fato. Juízo a quo que indefere pedido de guarda provisória determinando a busca e apreensão da criança e a colocação em abrigo ao argumento de que o art. 50 do ECA privilegia o processo de habilitação para adoção. Tecnicismo da lei que não deve ser empecilho para manter-se a criança com o guardião provisório em lugar de manter a mesma em abrigos públicos estes que despersonalizam as relações humanas e institucionalizam o emocional. Teoria do apego que oriunda da psicologia não pode ser ignorada pelo Judiciário. Comprovação nos autos de que os agravantes vêm cuidando da criança com afeto, respeito e extremada atenção material e moral durante meses. Dever da sociedade e do poder público de proteger e amparar o menor, assegurando-lhe o direito à convivência familiar e à dignidade. Inteligência dos arts. 1º III e 227 da CF/88. Recurso a que se dá provimento para conceder a guarda provisória do menor aos agravantes, até a prolatação da sentença⁷².

O julgado faz importantes considerações acerca da adoção *intuitu personae*. Primeiramente, reconhece o instituto como válido, ao afirmar que a mãe biológica pode entregar a criança a terceiros de forma direta. Ressalta-se também que o relator do caso fez brilhante colocação ao afirmar que o tecnicismo da lei não pode servir como empecilho para manter a criança com seu guardião em lugar de colocá-la em abrigos públicos e reconhece que o judiciário não pode desconsiderar as descobertas e os estudos da psicologia.

O Direito não está acima dos outros ramos que se dedicam às ciências humanas e, por isso, não pode ignorar os avanços de outras áreas, tais como psicologia, sociologia, filosofia, pedagogia, etc. Assim, a estrita observância a um artigo de uma lei não pode ferir de morte todo o estudo dedicado à Teoria do Apego e aos malefícios trazidos à criança que se separam daqueles que servem como referência em suas infâncias.

ADOÇÃO DIRETA. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA INDEFERIDO, DETERMINANDO BUSCA E APREENSÃO DO MENOR E ENCAMINHAMENTO A ABRIGO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 50 DA LEI Nº 8.069/1990. Inobstante a regra legal de ordem cronológica de inscrição, tem-se que o alcance da lei, no sentido de garantir isenção e impessoalidade na adoção, não afasta a possibilidade de a mãe biológica, por seus próprios motivos, escolher a quem entregar o filho para

⁷²BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 2007.002.26351. Relatora Des.Cristina Tereza Gaulia. Julgamento em 21/11/2007.

adoção. Agravantes que já eram habilitados para adoção, quando surgiu o desejo da mãe biológica em entregar-lhes o filho para ser adotado, o que foi concretizado em manifestação de vontade. Posse de fato exercida desde o nascimento e durante pouco mais de um mês suficiente para o estabelecimento de vínculo afetivo e reconhecimento de situação consolidada, devendo prevalecer o princípio do melhor interesse da criança. Deferimento do pedido de guarda provisória até decisão final na Ação de Adoção. PROVIMENTO DO RECURSO⁷³.

O julgado é esclarecedor quanto à correta aplicação e amplitude do art. 50 da Lei 8069/90. Diga-se: o cadastro prévio das pessoas interessadas em adotar é essencial para se garantir processos de adoção mais céleres e mais eficientes, sem qualquer tipo de burla à lei. Entretanto, a lista prévia não tem força de afastar a possibilidade de a mãe biológica escolher, por suas próprias convicções, a família substituta. Como bem salientou o i. relator, a lei não é capaz de afastar a possibilidade de a mãe biológica escolher a família adotiva para o menor.

A ordem cronológica do art. 50 do ECA, comporta flexibilidade, quando dois casais, em igualdade de condições, disputam a adoção de menor, especialmente em caso de chamada "adoção dirigida", em que a mãe escolhe os adotantes, desde já, entregando-lhes o filho, confiada na melhor guarda e no futuro da criança, que pretende proteger, para que tenha um futuro garantido, e não venha a sofrer como ela as vicissitudes da vida, madrastra para mãe e para seus outros filhos. Agora, quer proteger a sua cria e nada impede que assim o faça⁷⁴.

A mãe biológica, ao entregar um filho para a adoção, carrega dúvidas que irão lhe acompanhar pelo resto da vida, tais como: se a escolha pela adoção foi acertada, se o filho está sendo bem cuidado, se está recebendo carinho e a atenção necessários, se a família substituta o trata bem, etc. O julgado acima, sensível a essas questões, considerou válida a adoção *intuitu personae*, considerando que a genitora entrega a prole para quem confia com o instinto de proteger seu filho e tentar garantir-lhe um futuro auspicioso.

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. ADMISSÃO, NO CASO CONCRETO, ANTE A EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO FÁTICA. Tendo a mãe da menor entregue a sua filha em adoção a um casal, não é de se desconsiderar tal vontade apenas em razão da existência de uma listagem de casais habilitados para adoção, uma vez que a lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, e segue a ordem de antigüidade, não podendo, ao fim e ao cabo, ter maior importância que o ato da adoção em si. Outrossim, os apelantes são pessoas já habilitadas para adoção e encontram-se na lista. Ademais, uma vez verificado o sólido

⁷³BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 2009.002.20364. Relatora Des. Leila Albuquerque. Julgamento em 01/19/2009.

⁷⁴BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento N° 598023919. Relator Des. Roque Miguel Fank. Julgado em 26/03/1998.

estabelecimento de laços afetivos entre as partes envolvidas na relação familiar, e tendo em conta que o Estatuto da Criança e do Adolescente estrutura-se de maneira a que sempre se priorize a melhor situação para o menor, a procedência do recurso se impõe. Recurso provido⁷⁵.

O julgador afirmou no acórdão proferido que a vontade da mãe biológica não pode ser desconsiderada em razão unicamente de uma lista pré-existente, pois o cadastro não pode ter um fim em si mesmo. O procedimento estabelecido em lei visa a tão somente alcançar o interesse supremo da criança. Por isso mesmo, não pode ser um empecilho ao seu próprio fim. No caso em tela, a mãe biológica chegou a declarar, por escrito, que só aceitaria a adoção se a filha fosse criada pelo casal mencionado. Cabe transcrever as declarações Maria Regina, mãe biológica da menor:⁷⁶

Eu, MARA REGINA P. R., declaro para o processo de adoção de minha filha NINA, que se encontra aos cuidados de CRISTIANNE R. L. e seu esposo SVEN G. L., que somente tomei a decisão de entregá-la para a adoção se o fosse pelo o casal acima mencionado, eis que tomei todas a informações dos mesmos, obtendo de parte de minha patroa CANDICE as mais altas e melhores referências de ambos, tendo conhecido CRISTIANE na ante-sala da audiência e já intuindo que a mesma será uma excelente mãe para NINA. Declaro, ainda, e tal reputo da maior importância para mim que se não for o casal acima nominado admitido pelo Judiciário como pais adotivos de NINA não quero, de modo algum que outras pessoas o sejam, já que paia mim esta decisão foi tomada ao longo de minha gravidez, por desejar uma vida melhor para a menina. E mais, não sendo admito o casal Cristianne e Sven para sua adoção, eu própria me encarregarei de educar e dispensar os cuidados necessários para NINA. Declaro, finalmente, que a decisão proferida em audiência me entristeceu, me causou surpresa e apreensão, ainda mais quando houve a determinação de busca e apreensão da menina que já goza da companhia de pessoas ricas em a feto, pai, mãe, avós, tios e primos e me causa extremo sofrimento o fato de imaginá-la retirada de um lar que para ela sonhei, para ir para presença de estranhos.

Fica claro assim que, em muitos casos, a adoção só é aceita pela mãe biológica caso esta possa conhecer os pais adotivos de seu filho, ficando a par das condições financeiras, disponibilidade afetiva, crenças, etc.

Alguns dos acórdãos citados acima, apesar de não deixarem de reconhecer a adoção *intuitu personae*, somente deferem a adoção à pessoas que não estejam no

⁷⁵BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015551138. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. Publicado no Do em 21/09/2006.

⁷⁶BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015551138. Disponível no site [www. Tjrs.jus.br/jurisprudência/inteiro teor do processo n..](http://www.Tjrs.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor%20do%20processo) Site acessado em 19/12/2009.

cadastro, se já houver um vínculo afetivo entre adotante e adotado. Essa prática estimula a adoção à brasileira ou a adoção dirigida, as quais são proibidas no Brasil. Os pais biológicos entregam os filhos às pessoas que desejam que criem seus filhos. Essas pessoas, por sua vez, não procuram de imediato o judiciário com medo que o juiz da vara da infância e juventude determine a busca e apreensão da criança por burla do cadastro da comarca. Assim, para legalizar a situação da criança, espera-se cerca de um ano, para que seja criado o vínculo afetivo entre adotante e adotado.

Entretanto, alguns acórdãos acolhem a possibilidade de ser deferida a verdadeira adoção *intuitu personae*, ou seja, sem que haja vínculo afetivo formado entre adotante e adotado:

ADOÇÃO – Intuitu personae – Possibilidade jurídica do pedido – Validade da manifestação de vontade da genitora, em ver seu filho adotado pelo casal recorrente - Interpretação do artigo 166 da Lei Federal n. 8069, de 1990 – Prosseguimento do feito ordenado – Recurso provido para esse fim.

Apelação Cível n. 21.010-0.

(...)

O caso sob exame, de qualquer forma, versa peculiaridade: é que não existe, de fato, conflito de interesse a ser dirimido. A.N. concorda com a adoção de seu filho por parte dos recorrentes. Do mesmo modo, os avós maternos do infante.

A divergência repousa, apenas, na discussão acerca da possibilidade jurídica de os genitores de uma criança elegerem seus adotantes.

Como também já colocado por ocasião do julgamento do mandado de segurança antes referido, pode-se levantar, até com certa facilidade, inúmeros argumentos contrários à chamada adoção *intuitu personae*. Mas à vista da letra do art. 166 da Lei Federal n. 8.069, de 1990, não se pode negar sua recepção pelo ordenamento jurídico.

Decorre daí que nada impedia que a genitora do pequeno R. manifestasse, validamente, sua pretensão de ver seu filho acolhido, para fins de adoção, pelo casal apelante.

Com isso não se transforma o juízo da Infância e da Juventude em mero homologador de decisões já tomadas pelos interessados, como pareceu ao Doutor juiz de direito.

E isso porque cabe ao juiz verificar se o casal escolhido para a adoção não esbarra no óbice de que trata o art. 29 da lei de regência. Se esse o caso, a pretensão de adoção deve, sem dúvida, ser indeferida. Caso contrário, vale dizer, inexistindo obstáculo a pretensão manifestada, deve ela ser acolhida.

(...)

O próprio relatório de fls. 16-17 observa que, a princípio, nada há em relação ao casal apelante que o inabilite para a pretendida adoção.

Ao que tudo indica, por outro lado, a criança está bem amparada, recebendo os apelantes o afeto, os cuidados e a educação de que é merecedora.

O apelo, portanto, merece acolhida, para o fim de afastar o indeferimento de plano do pedido de adoção. Reconhecida, assim, a legitimidade do pleito, caberá ao doutro juízo de origem promover os estudos técnicos necessários

sobre a convivência, para a criança, da pretendida adoção (Lei Federal n. 8.069, de 1990, art. 43). Em outras palavras, apurar-se-á, de um lado, sobre a adaptação do infante no lar substituto e, de outro lado, sobre a efetiva disponibilidade dos apelantes para exercerem definitivamente, as funções parentais, considerando-se, inclusive, o tempo já decorrido desde o acolhimento do pequeno R. no lar dos recorrente⁷⁷.
(...)

Verifica-se, assim, ser absolutamente desnecessário que se crie vínculo entre adotante e adotado para o deferimento da adoção. Basta a manifestação de vontade da mãe biológica e que seja seguido o procedimento legal.

5.6 O direito comparado:

Há algumas diferenças relevantes entre o processo de adoção no Brasil e nos outros países. Dentre elas, destaca-se a possibilidade da adoção *intuitu personae* em diversos Estados.

No direito austríaco e no direito belga, por exemplo, a intervenção do poder público se limita a verificar se os requisitos legais para a adoção foram preenchidos, devendo ainda existir manifestação de vontade em contrato tanto da mãe / pais biológicos como dos adotantes.⁷⁸

Na grande maioria dos países europeus, a adoção possui caráter eminentemente contratual. O poder judiciário se limita a homologar a vontade das partes já

⁷⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 21.010-0. Relator Des. Dirceu de Mello. Julgado em 19/10/1995.

⁷⁸BÉLGICA, Código Civil, artigos 343 a 370. PAPANDREOU. Marie France, Belgique- L'adoption dans les principales législations européennes. 1985.

manifestadas anteriormente. Há casos ainda que a manifestação do judiciário é absolutamente dispensável, como ocorre na China, República da Coréia e Índia⁷⁹.

Defende-se, entretanto, ser sempre necessária a intervenção do poder público para conter abusos por parte dos adotantes e para que os especialistas na área de adoção possam desenvolver seus estudos em cada caso concreto. Em todos os países, o consentimento deve ser personalíssimo, daquele que exerce o poder familiar. Esse consentimento, entretanto, pode ser de forma escrita, oral.

A adoção *intuitu personae* é vista, pelos países desenvolvidos e por diversos estudiosos do assunto como uma solução para diversos problemas. Através desse instituto acelera-se o processo de adoção, atendimento das necessidades específicas do menor, identidade entre pai e filho e possível manutenção de contato com a família de origem. Tanto que no direito inglês, permite-se que o consentimento esteja condicionado à educação da criança em certa religião.⁸⁰

5.7. A LEI 12010/2009

A Lei 12010 acrescentou o parágrafo 13 ao art. 50, assim estabelecendo:

§ 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

⁷⁹KUSANO, op. cit, p. 204.

⁸⁰Ibid, p. 270.

seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Percebe-se que a nova lei especificou, de forma taxativa, os casos em que pessoas não previamente cadastradas podem ter o pedido de adoção deferido. A *mens legis* é evitar que a ordem cronológica do cadastro seja desobedecida. Caso os pais renunciem ao poder familiar, deverá ser feita consulta ao cadastro, observando-se a ordem das inscrições. Entretanto, defende-se que a previsão pela nova lei dos casos possíveis de adoção personalizada não vai acabar com os problemas da adoção brasileira ou mesmo adoção dirigida.

As mães biológicas vão continuar a entregar os seus filhos a famílias próximas ou que sentem maior confiança para guarda e educação do menor. E essas famílias, por sua vez, vão aguardar a formação do vínculo afetivo entre adotante e adotado para procurar o judiciário e regularizar a situação. Nos dizeres de Galdino Augusto Coelho Bordalho:

[...] em relação ao art. 50, §13, ECA, “É uma péssima regra, que não deveria constar de nosso ordenamento jurídico. Trata-se, como já tivemos oportunidade de mencionar, de necessidade de controle excessivo da vida privada e idéia que todas as pessoas agem de má-fé. Esta regra restringe a liberdade individual, viola o poder familiar, pois tenta impedir que os pais biológicos, ainda detentores do poder familiar, escolham quem lhes pareça deter melhores condições para lhes substituir no exercício da paternidade.”⁸¹

A não previsão da adoção *intuitu personae* pela Lei 12010/2009 não acaba com as legítimas expectativas de reconhecimento de tal instituto, pois se não há autorização legal para esse tipo de adoção, também não há vedação expressa. Conforme lição de Maria Berenice Dias:

E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos

⁸¹BORDALHO, op. cit, p. 255.

pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.⁸²

A não aceitação da adoção *intuitu personae* fará com que as pessoas tenham medo de comparecer às Varas da Infância para regularizar a situação do menor, estimulando com isso a adoção à brasileira. Há ainda que se esclarecer que alguns doutrinadores estudiosos do tema defendem que a adoção *intuitu personae* encontra previsão expressa no Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art. 166:

A tese ora defendida, apesar dos respeitáveis argumentos contrários despendidos pela maioria dos doutrinadores pátrios, afigura-se respaldada pela previsão expressa contida no art. 166, do ECA, embora a jurisprudência nacional ainda não tenha admitido a possibilidade lícita da adoção *intuitu personae* naqueles casos em que, não se tratando de regularização de situação fática ou posse do estado de filho, não houve configuração do vínculo de afetividade criado pela convivência por tempo considerável entre adotante e adotado.⁸³

O art. 166 da Lei 8069 de 1990 prevê que se os pais biológicos da criança aderirem expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. Assim, a doutrinadora acima citada entende que haveria nesta hipótese uma adoção personalizada, pois há referência ao ato de adesão da família biológica com o processo adotivo, o que poderia ser estendido à escolha da família substituta. Entretanto, a tese nunca foi utilizada pelos Tribunais do País.

5.8 Requisitos para a concessão da adoção *intuitu personae*

Como já exposto no presente trabalho, a adoção *intuitu personae* não visa tão somente regularizar a posse de fato ou a guarda irregular do menor. Trata-se, na

⁸²DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em www.mariaberenicedias.com.br. Site acessado em 19/12/2009.

⁸³ KUSANO op.cit. p..75.

verdade, de pedido de adoção por pretendente específico, o qual possui o aval da mãe biológica, sem que tenha necessariamente se formado vínculo de afetividade por convivência anterior.

Nesse processo de adoção, haveria um requisito a mais no procedimento, que é a oitiva dos pais biológicos na audiência. Essa providência tem por fundamento verificar se a declaração de vontade dos envolvidos é livre e consciente e se não está contaminada por nenhum vício.

Em hipótese alguma se deve permitir que os pais biológicos troquem seus filhos por favores econômicos. Tal atitude viola o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Mas deve-se ter em mente que a idéia da má-fé que envolve a entrega direta de uma criança é um aspecto preconceituoso dos profissionais de direito. Caso exista alguma suspeita de que tal situação possa ter ocorrido, deverá haver uma severa investigação durante o transcorrer do processo de adoção com as medidas legais cabíveis. Os genitores responderão pelo crime do art. 238 do ECA.

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.
Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

Importante ainda esclarecer que os pais biológicos não podem, na adoção *intuitu personae*, manifestar disposição acerca da educação, forma de criação e outras preferências de aplicação que deveriam, necessariamente serem seguidas pelos pais adotivos. Isto porque tais prerrogativas cabem àqueles que detiverem a guarda da criança, e disposições como estas acabariam por contratualizar a adoção.

Evita-se, assim, que interesses estranhos ao bem estar da criança estejam envolvidos. Nesse aspecto, é de extrema importância a participação do Ministério Público, com acompanhamento de todo o processo de adoção.

Com exceção do aspecto da oitiva dos pais biológicos na audiência, o processo de adoção *intuitu personae* segue o procedimento comum de toda e qualquer adoção. A família adotiva poderá requerer a guarda provisória do menor e deverá haver estágio de convivência e adaptação entre adotante e adotado.

Por fim, para a conclusão do presente trabalho, menciona-se o Projeto de Lei 1756 de 2003, de autoria do Deputado Federal João Matos (PMDB/Santa Catarina) que, embora arquivado e substituído pelo PL 6222 de 2005 (transformado na Lei 12010/2009)⁸⁴, previa expressamente a adoção *intuitu personae*, como se observa:

Capítulo IV

DAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO

Art. 8º Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não inscrito no cadastro a que alude o art. 7º desta Lei quando se tratar de pedido de adoção unilateral, ou formulada por parente próximo, ou com adesão expressa dos genitores, ou quando se tratar de guarda fática, em que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

§ 1º A adesão expressa dos genitores, ou de um deles, deverá ser devidamente justificada, podendo a Autoridade Judiciária determinar dilação probatória, de ofício, para comprovação do que for afirmado.

(...)

Seção IV

ADOÇÃO COM DISPENSA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO

Art. 41. Somente serão admitidos pedidos de adoção com dispensa de prévio cadastramento quando o requerente, além dos requisitos previstos nos incisos I a IV do artigo nº 29 desta Lei, comprovar na petição inicial que se inclui em uma das hipóteses do artigo 8º, também desta Lei.

§ 1º Nos casos de adoção unilateral, de parente próximo ou com adesão expressa, será obrigatória a realização de audiência, na presença da Autoridade Judiciária e do Promotor de Justiça, para oitiva dos genitores, salvo se falecidos, decaídos do Poder Familiar, desconhecidos ou declarados judicialmente ausentes, ocasião em que deverão ser advertidos da irrevogabilidade da medida. Se os genitores forem menores de dezoito anos, ainda que assistidos ou representados pelos pais, a Autoridade Judiciária lhes dará curador especial, consignando no termo que a concordância se dá em relação à adoção e não exclusivamente para aquele pedido que está sendo processado.

Apesar de arquivado, o projeto era inovador e extinguiu de forma definitiva com a polêmica acerca das hipóteses de dispensa do cadastro prévio no processo de adoção. Assim, quando a adoção fosse feita com adesão expressa dos genitores ou quando se

⁸⁴Informações extraídas do site www.camara.gov.br. Site acessado em 13 de julho de 2010.

tratasse de guarda fática, em que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, o cadastro prévio seria dispensado.

Entende-se que a Lei 12010 de 2009 não substitui o Projeto de Lei supracitado, pois não trata da adoção *intuitu personae*. A discussão deverá, desta forma, ser retomada nas Casas Legislativas para evitar desnecessárias burlas à lei e para que se respeite o supremo interesse do menor e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

No presente trabalho procurou-se esclarecer o instituto da adoção *intuitu personae* e sua aplicação no direito pátrio, demonstrando que é a melhor forma de dar eficácia aos princípios do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana. Os argumentos contrários trazidos pela doutrina foram refutados tendo por base estudos realizados nas áreas da psicologia, assistência social e análise de casos concretos. A indicação pela mãe biológica da família adotiva visa a atender ao melhor interesse do menor, afinal, aquele que detém a guarda do menor é a pessoa mais apropriada para indicar a família que melhor atende aos anseios e necessidades da criança.

Conclui-se, pois, que o reconhecimento da adoção *intuitu personae* na legislação vigente seria a melhor forma de combater a adoção à brasileira e a adoção irregular, pois a mentira e a fraude á lei, baseadas no vínculo afetivo já concretizado entre adotante e adotado não seriam mais necessários. Bastaria a manifestação de vontade das partes envolvidas e um estudo e acompanhamento pela equipe técnica do juízo.

Deve-se ter em mente que o processo de adoção visa a assegurar a dignidade da criança, da família adotiva e da mãe biológica. Essa última, não pode ser colocada de lado e ser tratada como um objeto, que tem a única e exclusiva finalidade de colocar a criança no mundo. Seu gesto de amor e sua vontade devem ser considerados no momento em que seu filho lhe é retirado dos braços. Ressalta-se que a adoção *intuitu personae* permite um processo mais célere e menos doloroso para o menor, pois, a princípio, haveria consenso entre todos e o desfazimento do vínculo com a família biológica poderia ser feito sem maiores danos.

Apesar de não haver autorização expressa da lei para a adoção *intuitu personae*, também não há vedação do instituto. Além disso, alguns doutrinadores, como Suely Mitie Kusano, citada por diversas vezes no presente trabalho, defendem que a adoção *intuitu personae* encontra previsão no art. 266, ECA. Menciona-se ainda o Projeto de Lei 1756 de 2003 que, apesar de arquivado pode ser reavaliado pelas Casas Legislativas, o que seria um grande avanço alcançado pela Comissão de Adoção.

Por fim, menciona-se que o cadastro previsto no art. 50 do ECA continua a ser a regra nos processos de adoção, eis que possui enorme importância prática, conforme ressaltado na presente obra. Entretanto, tal lista possui função meramente instrumental e não pode tornar-se um fim em si mesmo. A exigência, em todo e qualquer processo de adoção, de obediência à lista do cadastro do art. 50 do ECA, em qualquer situação, de forma inflexível, independente das peculiaridades do caso se mostra inconstitucional e viola o melhor interesse do menor e a dignidade da pessoa humana, previstos no art. 227 da Constituição da República.

REFERÊNCIAS:

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In. Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, aspectos teóricos e práticos, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Julio Alfredo de, *A Adoção do recém-nascido no ECA e no Projeto de Lei Nacional da Adoção*. Disponível no site www.mp.rs.gov.br. Acessado em 01/06/2010.

Almeida, Julio Alfredo. *Adoção intuitu personae* – uma proposta de agir. Site www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina. Site acessado em 18/12/2009.

ALVIM, Eduardo Freitas. *A Evolução Histórica do Instituto da Adoção*. Disponível em <http://www.franca.unesp.br>. Site acessado em 15/02/2010.

Argas, Marilze Maldonado. *A Adoção pronta ou adoção por intuitu personae in Infância e Cidadania*. São Paulo, Letra Livre Desing Editorial, 2000.

Ballone, Moura. *Criança Adotada e de Orfanato*. Disponível em www.psiqweb.med.br, acessado em 13/09/2009.

BÉLGICA, Código Civil, artigos 343 a 370. PAPANDREOU. Marie France, Belgique- L'adoption dans les principales législations européennes.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito de Família*, – edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976. Bowlby, John. *Apego, a natureza do vínculo*. São Paulo: Martins Fontes. 1990.

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Adição. In: Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, aspectos teóricos e práticos, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOWLBY, John. *Apego, a natureza do vínculo*. São Paulo: Livraria Martins Fontes: 1990.

BRASIL, Decreto-Lei 2848 de 1940, art. 242

BRASIL, Lei 3071 de 1916, art. 377. Informação disponível no site www.planalto.gov.br Site acessado em 20 de novembro de 2009.

BRASIL, Lei 4655 de 1965. Informação disponível no site www.morangorj.dataprev.gov.br. Site acessado em 20 de novembro de 2009

BRASIL, Lei 8069/90. Disponível no site www.planalto.gov.br.

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002

BRASIL, Ministério da Previdência Social. Disponível em <http://www.dataprev.gov.br>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 21.010-0. Relator Des. Dirceu de Mello. Julgado em 19/10/1995.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2008.002.09325. Relator Des. José Carlos Paes. Julgamento em 12/12/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2007.002.26351. Relatora Des. Cristina Tereza Gaulia. Julgamento em 21/11/2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2009.002.20364. Relatora Des. Leila Albuquerque. Julgamento em 01/19/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento N° 598023919. Relator Des. Roque Miguel Fank. Julgado em 26/03/1998.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2004.001.11029. Relator Des. José C. Figueiredo. Julgado em 16/06/2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2007.00116970. Relator Des. Rogério de Oliveira Souza, julgado em 13/06/2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006597223. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santo. Julgado em 13/08/2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015551138. Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel. Publicado no Do em 21/09/2006.

Código Civil belga, artigos 343 a 370. PAPANDREOU. Marie France, Belgique- L'adoption dans les principales législations européennes.

Código civil e Constituição Federal, 58. ed. 2007, editora Saraiva.

Criança Adotada e de Orfanato. Disponível em www.psiqweb.med.br, acessado em 13/09/2004. In Ballone, G.I.. in PsiqWeb, Psiquiatria Geral. Internet.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em www.mariaberenicedias.com.br. Site acessado em 19/12/2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed: Revista dos Tribunais. 2006.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em www.portaldafamilia.org. Acessado em 01/07/2010.

FISHER, Ricardo. Disponível em www.filhosadotivosdobrasil.com.br. Site acessado em 19/12/2009.

GALLINDO, Jussara. *Roda dos expostos*. Disponível em www.histedbr.fae.unicamp.br. Site acessado em 20 de novembro de 2010.

GOMES, Orlando, *Direito de Família*: 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KUSANO, Suely Mitie. *Adoção Intuito Personae*. Doutorado em direito pela Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 75. Disponível em www.dominiopublico.gov.br. Site acessado em 20 de julho de 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

LOPES de, José Maria Leoni. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, 4. ed: Lumen Juris.

LOTUFO, Maria Alice C Zaratini Soares. *Adoção Perfil Histórico e Evolução Teleológica no Direito Positivo*. Rio de Janeiro: RT, 2002.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARIANO, Fernanda Neísa e FERREIRA; Maria Clotilde Rossetti. *Que perfil da família biológica e adotante, e da criança adotada revelam os processos judiciais?* Disponível em www.scielo.br/prc. Site acessado em 19/12/2009.

MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MELLO, Katia; LIUCA Yoana, O Lado B da Adoção. *Revista Época*, Rio de Janeiro, 20 de julho de 2009, editora Globo, nº 583.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *O abandono/adoção – redimensionando a equação*. Disponível em: [http:// www.lexxa.com.br/PBA/abadredi1.htm](http://www.lexxa.com.br/PBA/abadredi1.htm). Acesso em 30 mar.2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Restrições de cor e idade continuam prolongando espera na fila de adoção. Disponível em www.clicrn.com.br. Site acessado em 11 de julho de 2010.

SANCHEZ, Leticia Lofiego. *A Invisibilidade das Mães Biológicas no Processo de Adoção*. Disponível em www.franca.unesp.br. Acessado em 30 de março de 2010.

TAVARES, Patrícia Silveira. *A adoção após a Constituição Federal de 1988*. Monografia aprovada em 2002, Rio de Janeiro.

TRINDADE, Jorge. *Direito da Criança e do Adolescente. Uma Abordagem Multidisciplinar*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul n. 54. Livraria do Advogado.

VARGAS, Marilze Maldonado. *A Adoção pronta ou adoção por intuito personae, in Infância e Cidadania*. São Paulo: Letra Livre Desing Editorial, 2000.

VICENTE, José Carlos. *Adoção – O que é a adoção, seus efeitos e formas para se adotar*. Disponível em www.pailegal.net. Acessado em 15 de maio de 2010.

WÜNDERLICH, Patrícia. *Uma reflexão sobre a entrega dos filhos em adoção pelas mães biológicas*. Disponível em <http://www.holos.org.br/artigos/125/>. Acessado em 19 de junho de 2010.