

ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: A RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 50, §13, II, DO ECA EM PROL DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Isabela Cardoso Bahé

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – a Lei n. 12.010/2009 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, acrescentando o parágrafo 13 ao art. 50, que excepcionou a necessidade de prévio cadastro do adotante nos casos em que, dentre outras hipóteses, ele for parente do adotando e que com ele possua vínculos de afinidade e de afetividade. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à admissão da adoção *intuitu personae*, já que ela não exigiria o requisito objetivo da parentalidade entre os membros do novo núcleo familiar, mas tão somente os requisitos subjetivos da afinidade e da afetividade. O presente trabalho visa a análise desses posicionamentos divergentes, com a finalidade precípua de sustentar que a interpretação seja feita à luz do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. Para tanto, defende-se a relativização desse requisito objetivo nos casos em que se verificar a ausência de risco físico ou psicológico aos infantes, de maneira a evitar a institucionalização dos infantes, medida excepcional que só deve ser utilizada caso não cumpridos os requisitos legais para a adoção.

Palavras-chave – Direito de Família. Adoção *Intuitu Personae*. Direito da Criança e do Adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei n. 12.010/2009.

Sumário – Introdução. 1. Interpretação do art. 50, §13, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente à luz do princípio do melhor interesse. 2. Desnecessidade de Cadastro dos Adotantes no Cadastro Nacional da Adoção (CNA). 3. A Adoção *Intuitu Personae* e a Prevalência do Acolhimento Familiar em detrimento do Acolhimento Institucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de relativização do requisito objetivo do art. 50, §13, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA em prol do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a viabilizar a adoção *intuitu personae* por pessoas que não são parentes do adotando, mas que com elas possuam relação de afeto e afinidade. Debate-se ainda se há necessidade de cadastro do requerente nas hipóteses dessa modalidade de adoção não previstas no referido parágrafo, bem como a validade dessa adoção diante da excepcionalidade do acolhimento institucional.

Procura-se demonstrar que, uma vez preenchidos os requisitos legais necessários à adoção e verificada a afinidade e a afetividade entre adotante e adotado, o requisito objetivo do

parentesco deve ser relativizado, independentemente de cadastro do pai adotivo, de modo a respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a excepcionalidade do acolhimento institucional. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a se discutir se o princípio do melhor interesse é suficiente para justificar a flexibilização desse requisito legal.

A adoção *intuitu personae* é fruto de grande controvérsia, dado que não há previsão expressa no ordenamento jurídico. A doutrina, entretanto, consolidou o princípio do afeto como norteador das relações familiares, de modo que, desde que houvesse afeto entre adotante e adotado, a adoção era deferida em prol do princípio do melhor interesse.

Discutia-se, porém, a necessidade de cadastro dos requerentes, conforme previsão do art. 50 do ECA. Com a Lei n. 12.010/2009, o Estatuto foi alterado para excepcionar a necessidade de prévio cadastro do adotante nos casos em que, dentre outras hipóteses, for parente do adotando e que com ele possua vínculos de afinidade e afetividade. O requisito da parentalidade, porém, criou um obstáculo à adoção *intuitu personae*, marginalizando as famílias que não se adequaram a esta previsão e, com isso, violando o princípio do melhor interesse.

Para melhor compreensão da possibilidade de flexibilização do requisito objetivo do parentesco, busca-se apresentar o conceito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a previsão legal de desnecessidade de cadastro dos adotantes e a prevalência do acolhimento familiar em relação ao institucional, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

O primeiro capítulo discute a possibilidade de flexibilização do requisito objetivo do parentesco do art. 50, §13, II, do ECA, em observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Procura-se verificar a possibilidade da adoção *intuitu personae*, visto que os pais biológicos poderiam escolher pessoas que, apesar de não serem parentes, possuem afinidade e afetividade com o adotado.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se a efetiva necessidade de cadastro dos requerentes diante da possibilidade de comprovação, no curso do procedimento, do preenchimento dos requisitos necessários à adoção pelo adotante, nos termos do art. 50, §14, do ECA. Procura-se avaliar a viabilidade da adoção *intuitu personae*, uma vez que os genitores poderiam indicar alguém que, independente de estar cadastrado, já possui uma relação de afeto e afinidade com o adotando.

O terceiro capítulo, por fim, refletirá a validade desta modalidade de adoção como forma de respeitar a excepcionalidade da institucionalização do infante. Afinal, se a criança ou adolescente pode residir com alguém que com ela já possui laços de afeto e afinidade e que tenha preenchido os requisitos legais, porque sujeitá-la ao acolhimento institucional, que, segundo o ECA, deve ser medida de caráter excepcional?

A pesquisa será desenvolvida pelos métodos explicativo, exploratório, bibliográfico e dedutivo, uma vez que se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco para alcançar uma conclusão. Por este motivo, a abordagem do objeto deste trabalho é qualitativa, pretendendo-se valer da bibliografia pertinente à temática para sustentar esta tese.

1. FLEXIBILIZAÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 50, §13, II, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

A adoção *intuitu personae* é aquela em que os pais biológicos escolhem os adotantes diante de uma relação de confiança entre eles¹. Ocorre que, nesses casos, não há a chancela do Poder Judiciário, visto que as crianças e os adolescentes adotados costumam ser entregues diretamente aos pais adotivos². Isto é, os candidatos não são previamente cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção – CNA.

Procurando sanar tal problemática, o parágrafo 13 do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³, incluído pela Lei n. 12.010/09, prevê as hipóteses na qual a adoção poderá ser deferida em favor de candidato não cadastrado previamente no CNA, dentre elas o inciso II, que trata do parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade⁴. Percebe-se, pois, a presença de dois requisitos: um objetivo (parentesco) e outro subjetivo (vínculos afetivos).

Essa previsão, apesar de abrir portas para a adoção *intuitu personae*, limitou-a, dado que pessoas vinculadas afetivamente às crianças e aos adolescentes não poderiam adotá-los por não

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

² SOUSA, Eduarda Santos De. *A Adoção Intuitu Personae Em Detrimento Da Ordem Cadastral: Uma Análise A Partir Do Paradigma Da Socioafetividade*. 2013. 98 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2013, p. 61

³ BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

⁴ *Ibid.*

serem seus parentes. Isso, contudo, não impede a formação do núcleo familiar, tendo em vista a pronta entrega dos infantes, mas apenas os submetem à marginalização⁵, o que viola o princípio do melhor interesse da criança.

É mister ressaltar que esta modalidade de adoção é a mais frequente no Brasil. Um estudo realizado em Ribeirão Preto verificou que 73% das adoções eram *intuitu personae*⁶. No Rio de Janeiro, a opção por essa espécie já alcançou 95,3% das adoções, enquanto a adoção de infantes que tivessem vínculos familiares com os autores, no mesmo período, era de apenas 43,4%⁷. Evidente, pois, a preferência por esta modalidade de adoção.

Outrossim, nesse estudo realizado em Ribeirão Preto, observou-se que 50% das adoções ocorreram em razão da relação de afeto entre adotantes e adotados⁸. Ou seja, a maioria das adoções decorrem puramente da afetividade e afinidade entre as partes, de modo que o art. 50, §13, II, do ECA impediria a regularização de parte significativa das famílias brasileiras e, com isso, violaria o princípio do melhor interesse.

Por outro lado, a adoção *intuitu personae* respeita tal princípio, já que os pais biológicos, ao escolherem os adotantes, buscam pessoas de confiança e capazes de exercer o poder familiar, independente da relação de parentesco. Todavia, alguns doutrinadores discutem a validade desta escolha pelos genitores diante da omissão do legislador, que não previu essa possibilidade.

Sobre esse assunto, Rodrigo Pereira defende que esta lacuna não significa necessariamente a proibição da adoção *intuitu personae*. Segundo o autor, se a lei prevê a possibilidade de os pais nomearem o tutor do filho caso venham a falecer (art. 1.729, Código Civil⁹), não há razão para impedir que nomeiem quem vai adotá-lo¹⁰. Isto é, opera-se o mecanismo da analogia, aplicando a solução de uma situação prevista pela Lei (tutela) a outro caso não regulado (adoção *intuitu personae*). Segue este entendimento Maria Berenice Dias¹¹.

Quanto à chancela do Poder Judiciário, ressalte-se que, se o juiz não interfere na

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 348.

⁶ MARIANO, Fernanda Neisa; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Que perfil da família biológica e adotante, e da criança adotada revelam os processos judiciais? *Psicologia: Reflexão e Crítica* [online]. 2008, v. 21, n. 1, p. 11-19. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-79722008000100002>>. Acesso em: 13 out. 2022.

⁷ AYRES, Lygia Santa Maria. *Adoção: De Menor A Criança, De Criança A Filho*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 23/24, [e-book].

⁸ MARIANO; ROSSETTI-FERREIRA, *op. cit.*

⁹ BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 16 fev. 2023.

¹⁰ PEREIRA, *op. cit.*

¹¹ DIAS, *op. cit.*, p. 347.

indicação dos tutores, também não deveria intervir na escolha da família adotiva¹². Isto é, a escolha feita pelos genitores deve ser respeitada tanto na vida quanto na morte. Afinal, não há motivos para tratar tais situações de maneiras diferentes.

De toda sorte, no transcorrer da instrução processual, o juiz poderá confirmar a capacidade dos adotantes para exercer o poder familiar por meio dos pareceres da equipe multiprofissional¹³. Logo, se por acaso o juiz verificar que a situação fática não respeita o melhor interesse dos infantes ou ainda se tratar de crime de tráfico de pessoas ou de “compra e venda” de crianças e/ou de adolescentes, poderá, desde já, determinar sua institucionalização e julgar improcedente a ação. Esse, contudo, não costuma ser o caso.

Percebe-se, pois, que a relação de parentesco entre adotante e adotado não traz qualquer vantagem à proteção da criança ou do adolescente, mas, pelo contrário, impede a sua adoção por pessoas com as quais já possuem laços afetivos e capazes de exercer o poder familiar. É evidente o desrespeito ao princípio do melhor interesse.

Faz-se, pois, necessária a flexibilização do requisito objetivo do art. 50, §13, II, do ECA (parentesco)¹⁴, de modo a prevalecer o afeto no núcleo familiar e o respeito ao princípio do melhor interesse. A jurisprudência dos Tribunais brasileiros vem entendendo dessa forma, em especial no Rio de Janeiro, como é possível observar no julgado a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ENTREGA IRREGULAR. DECISÃO QUE SUSPENDEU O PODER FAMILIAR DA GENITORA E DETERMINOU A BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA, ABRIGANDO-A EM UNIDADE DE ACOLHIMENTO ATÉ COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. INCONFORMISMO. 1. Hipótese de adoção *intuitu personae* não prevista no art. 50, §13 do ECA. Dispositivo inserido pela Lei 12.010/2009 com o objetivo de evitar a adoção por motivos escusos. No entanto, tal regra não é absoluta, devendo ser ponderada, em cada caso, qual é o superior interesse da criança. [...]. 5. Provimento do recurso para [...] determinar que o infante permaneça sob a guarda e responsabilidades do 2º e da 3ª Agravante, até a decisão final de mérito¹⁵.

Como visto, o Tribunal do Rio de Janeiro vem entendendo que o requisito objetivo

¹² SOUSA, *op. cit.*, p. 63.

¹³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 326-327.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI n. 0042504-55.2019.8.19.0000*, Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra De Melo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.002.55714>>. Acesso em: 13 out. 2022.



previsto no art. 50, §13, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, isto é, o parentesco não é regra absoluta, devendo ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, dentre eles o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, determinou que o infante permanecesse com os adotantes até a decisão final de mérito em prol do melhor interesse da criança no caso concreto.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também vem decidindo desta maneira, como pode ser visto no exemplo a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. CONCESSÃO EXCEPCIONAL. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR. VERIFICAÇÃO DE ABANDONO DESDE TENRA IDADE. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. NÃO MANTIDO VÍNCULO DE AFETO ENTRE OS PAIS BIOLÓGICOS E O MENINO, QUE DESENVOLVEU PLENAMENTE REFERÊNCIA PARENTAL COM OS APELADOS. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE AUTORIZADA EXCEPCIONALMENTE, EM PRESERVAÇÃO DO STATUS QUO. RECURSO DESPROVIDO¹⁷.

Da leitura do acórdão, percebe-se que sequer se preocupa com a existência de relação de parentesco entre adotante e adotado, mas apenas na relação de afetividade e na consolidação da situação fática. Neste caso, os pais sequer concordavam com a adoção, o que é requisito legal, já que os pais biológicos não haviam sido destituídos do poder familiar (art. 45, *caput* e §1º, ECA)¹⁸. Entretanto, entendeu-se pela primazia do interesse do infante, de modo que foi julgada procedente a ação de adoção *intuitu personae*.

Verifica-se, pois, a possibilidade de adoção *intuitu personae*, visto que os pais biológicos devem poder escolher os adotantes dentre aqueles que, apesar de não serem parentes, possuem afinidade e afetividade com o adotado. Para tanto, é necessário flexibilizar o requisito objetivo do art. 50, §13, II, do ECA à luz do princípio constitucional do melhor interesse para a criança e para o adolescente.

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *Apl n. 70075812974*, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index>. Acesso em: 13 out. 2022.

¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

2. DESNECESSIDADE DE CADASTRO DOS ADOTANTES NO CADASTRO NACIONAL DA ADOÇÃO (CNA)

As famílias formadas por meio da adoção *intuitu personae* sofrem com o preconceito de muitos juristas. Conforme leciona Rodrigo da Cunha Pereira, tais posicionamentos decorrem das possíveis ilegalidades no processo de adoção, como a ocorrência de fraudes e simulações, além da “compra e venda” de crianças, já que os adotantes não passariam necessariamente pelo Cadastro Nacional de Adoção – CNA¹⁹, que faz um filtro prévio dos candidatos.

Dessa forma, a necessidade do prévio cadastro dos futuros pais adotivos serviria como uma forma de assegurar a legitimidade da adoção. Isso porque “os pais biológicos não seriam pessoas qualificadas para a indicação da família adotiva, devendo o Estado necessariamente intervir nessa escolha.”²⁰

Contudo, a doutrina, como Maria Berenice Dias²¹, Rodrigo Pereira da Cunha²², Rolf Madaleno²³, dentre outros, não acolheu estes argumentos, diante da possibilidade de os pais, em vida, poderem escolher os tutores dos filhos por meio de testamento (art. 1.729 do Código Civil)²⁴. Ora, “se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com ele depois da morte, não se justifica negar o direito de escolher a quem dá-lo em vida.”²⁵ Em outras palavras, como pode o pai ser qualificado para indicar o tutor da criança no testamento, mas não o ser para indicar o adotante?

Nota-se que o próprio ordenamento jurídico prevê hipóteses nas quais não há necessidade de inscrição no Cadastro Nacional de Adoção – CNA, dentre as quais as adoções unilaterais e por parentes que já mantinham vínculo de afinidade e afetividade, como prevê o próprio art. 50, §13, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA²⁶. De igual sorte, o já citado art. 1.729 do Código Civil²⁷ prevê a possibilidade de os pais indicarem um tutor, que irá cuidar do infante após o falecimento dos genitores.

Ainda que não se trate de uma adoção propriamente dita, tal norma permite que uma

¹⁹ PEREIRA, *op. cit.*

²⁰ SOUSA, *op. cit.*

²¹ DIAS, *op. cit.*

²² CUNHA, *op. cit.*

²³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Barueri: Grupo GEN, 2022, [e-book].

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

²⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 347/348.

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

pessoa, que não foi previamente analisada, passe a cuidar de uma criança ou de um adolescente, adimplindo os deveres que normalmente cabem aos pais (art. 1.740, inciso III, do Código Civil)²⁸, somente porque os pais biológicos, em vida, assim o determinaram. Realizando, pois, uma interpretação sistemática, é possível perceber que a norma que exige esse registro dos candidatos no CNA não possui rigidez absoluta²⁹.

Frise-se, porém, que os pais biológicos não dão a palavra final, isto é, o Poder Judiciário chancelará os candidatos indicados, de modo a se certificar de que não se trata de caso de fraude, simulação ou venda de crianças. Nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico exige que os candidatos comprovem, no curso do procedimento, que preenchem os requisitos para a adoção (art. 50, §14, ECA)³⁰. Isto é, na adoção *intuitu personae*, também haverá um procedimento regular, tal qual a adoção normal, mas tudo aquilo que seria verificado para que o candidato fosse cadastrado passará a ser analisado no trâmite do feito.

Além disso, o art. 43 do ECA estabelece que o juiz apenas deferirá a adoção quando ela “apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”³¹. Ou seja, o julgador deverá averiguar a relação existente entre o adotante e adotado, a fim de esclarecer a existência de boa-fé na entrega do infante, bem como se os pais adotivos são realmente adequados para exercer este importante papel³².

Dessa forma, se os candidatos não cumprirem os requisitos legais e/ou se for apurado que a adoção não atende aos interesses do adotando, a ação poderá ser julgada improcedente³³ e, com isso, o Poder Judiciário poderá lançar mão de medidas protetivas que melhor satisfaça as necessidades dos infantes. O juiz, portanto, deverá avaliar o caso concreto presente nos autos, buscando identificar o que melhor convém à criança ou ao adolescente, independentemente de qualquer procedimento burocrático, como o rigor da lista de adotantes³⁴.

Poder-se-ia sustentar que o Cadastro Nacional de adotantes ainda seria importante por agilizar o processo de adoção. Isso porque, assim que o juiz determinar a desconstituição do poder familiar, há uma lista de candidatos disponíveis e aprovados para adotar a criança ou o

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

²⁹ PEREIRA, *op. cit.*

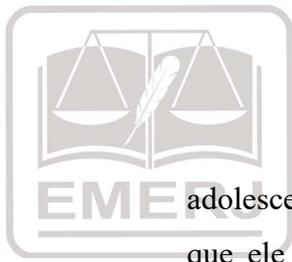
³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

³¹ *Ibid.*

³² PEREIRA, *op. cit.*

³³ PALHEIRO, Renata Di Masi. *Adoção Intuitu Personae*. Tese De Pós-Graduação – Escola De Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro, 2011, p. 40.

³⁴ SOUSA, *op. cit.*, p. 67.



adolescente³⁵. De certa forma, isso atende ao melhor interesse para o infante, já que permitiria que ele fosse adotado o mais breve possível. Nas ações *intuitu personae*, como o juiz ainda precisa avaliar os pais adotivos, o processo tende a ser mais longo.

Não se deve, por outro lado, subverter o instituto, de modo que apenas candidatos cadastrados poderiam adotar os jovens tão somente com o fim de obter um processo de curta duração. Isso porque a agilidade do Cadastro não atende necessariamente ao melhor interesse das crianças e adolescentes, dado que permanecer em contato com pessoas com as quais já possui vínculos socioafetivos pode ser mais vantajoso, ainda que prolongue a duração do processo com as avaliações exigidas pelo § 14 do art. 50 do ECA³⁶.

Até porque o primeiro da fila no Cadastro Nacional de Adoção não é necessariamente a pessoa mais adequada para cuidar da criança com determinadas características particulares. Esta foi a conclusão do trabalho da psicóloga Marilze Vargas, segundo a qual a ordem cronológica da fila nem sempre atende ao melhor interesse da criança ou do adolescente no caso concreto³⁷.

Nesse ponto, é mister ressaltar que os candidatos cadastrados sequer têm a chance de conhecer o infante que irão adotar. A escolha é feita por técnicos e, em seguida, ocorre um encontro “às escuras” da nova família³⁸. É natural que haja problemas e a adoção não se concretize. Isso pode ser observado pela diferença na quantidade entre as adoções prontas e as adoções por cadastrados.

Fernanda Neísa Mariano e Maria Clotilde Rossetti-Ferreira analisaram 110 processos de adoção, do período de 1991 a 2000, do Fórum da Comarca de Ribeirão Preto e constataram a prevalência das adoções prontas. Verificou-se que 80 adoções (72,7%) eram prontas³⁹, isto é, em quase três quartos dos processos, os genitores já haviam selecionado os pais adotivos.

Outra pesquisa, realizada por Lygia Santa Maria Ayres, na Cidade do Rio de Janeiro, concluiu que a adoção pronta é a mais frequente do município. No período analisado (1974-1994), essa modalidade alcançou patamares superiores a 90%⁴⁰, ou seja, quase a totalidade dos processos de adoção naquele município eram aqueles em que os pais biológicos possuíam algum tipo de participação na escolha dos pais adotivos.

³⁵ PALHEIRO, *op. cit.*, p. 41.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

³⁷ PALHEIRO, *op. cit.*, p. 39.

³⁸ DIAS, *op. cit.*, p. 373/374.

³⁹ MARIANO; ROSSETTI-FERREIRA, *op. cit.*

⁴⁰ AYRES, *op. cit.*

Note-se que, caso não se admitisse a adoção *intuitu personae*, a maior parte dos processos de adoção dessas cidades jamais teriam tramitado. As famílias, contudo, continuariam existindo, na marginalidade. A exigência do cadastro não ajuda, portanto, a proteger o melhor interesse da criança, que é a convivência familiar.

Diante desse contexto, o juiz deve cumprir seu papel social, “interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.”⁴¹ Negar a adoção consentida apenas implicará no aumento de situações irregulares, como guarda fática e “adoção à brasileira”, afastando as crianças e os adolescentes da assistência do Poder Público e dificultando ações fiscalizadoras e protetivas⁴².

Deve-se, pois, analisar o que de fato é o melhor interesse para a criança, independentemente da existência de cadastro. Nesse sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

9. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional, este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade no processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Contudo, não se pode perder de vista que o registro e classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Portanto, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

10. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da criança. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da sua guarda — primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral —, sem que se desatenda ou ignore o real interesse do menor, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano. [...] ⁴³.

O cadastro dos candidatos, portanto, não se faz necessário, tendo em vista que há outros

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

⁴² PEREIRA, *op. cit.*

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 468.691 - SC (2018/0235380-2)*, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92940115&num_registro=201802353802&data=20190311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 fev. 2023.

meios capazes de verificar a legitimidade da adoção *intuitu personae* e que condizem melhor com os interesses das crianças e adolescentes, que é conviver com aqueles com os quais possui vínculos socioafetivos, isto é, de conviver com sua família.

3. A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A PREVALÊNCIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Apesar de a adoção *intuitu personae* atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ainda há muitas decisões em que, diante da notícia de possível adoção nessa modalidade, o juiz determina a busca e apreensão do infante⁴⁴. Isso, porém, é feito sem que se avalie o ambiente em que a criança está inserida, ou seja, sem verificar o que de fato é mais benéfico para ela: o acolhimento institucional ou a permanência com a família substituta.

Ora, se o seio familiar em que a criança ou o adolescente estiver inserido for seguro e com laços de afetividade e afinidade, é melhor que ele permaneça nesse espaço do que seja inserido numa instituição de acolhimento, esperando por uma eventual adoção⁴⁵.

É nesse sentido que o art. 34, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁶ determinou que a inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, devendo ser observado o caráter temporário e excepcional desta última medida.

Nesse viés, a Lei n. 13.509/2019 alterou o prazo máximo de permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional de dois anos para dezoito meses, salvo justificativa comprovada⁴⁷. Busca-se enfatizar a excepcionalidade da instituição dos infantes, os quais só devem ser acolhidos caso não haja outra opção que atenda ao seu interesse.

Assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Maria Berenice Dias ressalta que a jurisprudência desse colendo Tribunal “vem sendo mais sensível, não determinando a institucionalização.”⁴⁸ Isso porque, observando o princípio do melhor interesse, o STJ tem

⁴⁴ DIAS, *op. cit.*, 2021, p. 346.

⁴⁵ ASSUNÇÃO, Débora Santana Ribeiro; NUNES, Taciana Pita. Adoção *intuitu personae* à luz da Lei 12.010/09. *JNT- Facit Business and Technology Journal* [online], Araguaína, Ed. 33, V. 2, jan./2022, p. 117. Disponível em: <<http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1420>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴⁸ DIAS, *op. cit.*, 2021, p. 348.



concedido *habeas corpus* para revogar ordem de busca e apreensão de crianças e adolescentes, mesmo quando há indícios de “burla ao cadastro”⁴⁹.

Essas decisões são interessantes, uma vez que, a princípio, não seria cabível a impetração do referido *writ* diante de sua utilização como sucedâneo recursal⁵⁰. Além disso, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que não seria possível discutir questões relativas à guarda ou adoção de crianças e adolescentes em sede de *habeas corpus*^{51,52}.

Contudo, o STJ vem concedendo o *habeas corpus* por considerar teratológica (isto é, irrazoável, absurda) a decisão que determina a busca e apreensão de crianças e adolescentes que possui como único fundamento a “presença de indícios de burla ao cadastro de adoção, não tendo sido cogitado qualquer risco físico ou psicológico à criança”⁵³. Ademais, assevera a Corte que não é do melhor interesse dos infantes o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário, salvo evidente risco a sua integridade física ou psíquica⁵⁴.

Dessa forma, já se consolidou no Superior Tribunal de Justiça – STJ a “primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, com a preservação de vínculos afetivos estabelecidos durante significativo período”⁵⁵, motivo pelo qual é frequente a concessão de *habeas corpus* para que a criança ou o adolescente retorne ao lar. Observe-se uma dessas decisões:

HABEAS CORPUS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE'. BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM ABRIGO. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada

⁴⁹ *Ibid.*, p. 349.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 691*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 99.945 AgR – RJ*, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5308081>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no HC n. 680.585 – PR (2021/0221481-4)*, rel. Min. Carlos Fernando Mathias. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102214814&dt_publicacao=19/04/2022>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 735.525 – SP (2022/0106531-0)*, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=157163514®istro_numero=202201065310&peticao_numero=&publicacao_data=20220623&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

- em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção.
4. Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava.
 5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: "A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei".
 6. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior.
 7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício.
 8. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.⁵⁶

Dessa forma, tendo em vista a prevalência do acolhimento familiar em relação ao institucional, não faz sentido que não se admita a adoção *intuitu personae*, que justamente permite o acolhimento de crianças e adolescentes por outro seio familiar sem que precise passar pelo trauma psicológico da institucionalização.

Ora, se em sede de tutela provisória, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que o infante deve permanecer com a família substituta enquanto perdurar o processo de adoção, por considerar que é melhor que ele fique no seio familiar do que institucionalizado, por que não permitir a adoção pronta desta criança, uma vez verificados os requisitos legais e realizado o estudo psicossocial que comprove os laços de afetividade e de afinidade e que não existem indícios que desabonem o ambiente familiar em que ela se encontre?

O “grande mal” da adoção direta é a possibilidade de se tratar de situação de “compra e venda” de crianças ou de alguma simulação ou fraude⁵⁷. Contudo, se a equipe técnica descartar tal possibilidade, de modo que o próprio Superior Tribunal de Justiça autorize a liberação da criança para que conviva com os requerentes, qual o impedimento técnico-legal para a adoção? Não foi possível identificar um neste trabalho.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado objetivou demonstrar a necessidade de se relativizar os requisitos do art. 50, §13, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA como uma forma de se observar o princípio do melhor interesse, conforme vem entendendo a doutrina e a

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 487812 – CE (2019/0000307-5)*, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900003075&dt_publicacao=01/03/2019>. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁵⁷ PEREIRA, *op. cit.*

jurisprudência nacional. O tema ainda não é pacífico, mas se buscou evidenciar a tendência de se deferir a adoção *intuitu personae* ainda que os adotantes não sejam parentes dos adotados e da ausência de cadastro.

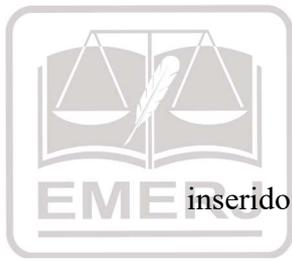
Verificou-se que a maioria das adoções no Brasil são da modalidade pronta, de modo que, se elas não forem admitidas, as famílias já formadas, receosas de regularizar sua situação jurídica, serão marginalizadas, o que impediria a tutela do Poder Judiciário. Essa situação é desvantajosa para a criança e para o adolescente, uma vez que isso dificultará que a Justiça lance mão de medidas protetivas, quando for necessário.

Percebeu-se que a exigência de parentalidade e de prévio cadastro do adotante não trazia qualquer vantagem à proteção dos infantes, que estarão melhor amparados no seio familiar imbuído de afinidade e de afetividade, ao qual já estão habituados, além de restarem salvaguardados do trauma psicológico da institucionalização que inevitavelmente ocorreria caso fossem retirados do núcleo familiar.

Outrossim, não há que se contestar a capacidade dos pais biológicos de indicar os adotantes, tal como escolhem o tutor, nos termos do art. 1.729, Código Civil, escolha essa que poderá ser avaliada pelo Poder Judiciário *a posteriori* com auxílio de equipe multiprofissional. Até porque o próprio art. 50, §14, do ECA estabelece que, nas hipóteses do §13, isto é, em que não se exige o prévio cadastro dos adotantes, o candidato deverá comprovar, no curso do processo, que preenche os requisitos legais da adoção, que teriam sido avaliados no momento da inscrição, de modo que não há prejuízo à proteção dos infantes.

No que tange à ausência de previsão legal para esta modalidade de adoção, este trabalho trouxe a possibilidade de se efetuar uma analogia com o art. 1.729 do Código Civil, que estabelece o direito de os pais nomearem o tutor. Ora, se podem nomear o tutor, que irá educar os infantes, prestar-lhes alimentos e adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais (art. 1.729, incisos I e III, do Código Civil), por que não podem indicar os adotantes, que irá exercer basicamente as mesmas funções? *A ratio legis* permanece.

Até porque o Cadastro Nacional de Adoção não é norma absoluta, devendo prevalecer o afeto, que não se traduz apenas como um sentimento, mas como cuidado, proteção e assistência no seio dessas famílias. Frise-se que o art. 43 do ECA exige que a adoção seja deferida sempre que apresentar reais vantagens para o adotando e que se fundar em motivos legítimos. Existe vantagem melhor do que se evitar a institucionalização e motivo mais legítimo do que estar



inserido num ambiente de afinidade e de afeto, isto é, de cuidado e de proteção?

De fato, o Cadastro traz diversas vantagens, como a lista prévia de candidatos pré-aprovados, disponíveis para eventual adoção. Contudo, como verificado neste trabalho, esses benefícios não superam aqueles decorrentes da adoção *intuitu personae*, no qual já há laços afetivos estabelecidos entre os membros familiares.

Demonstrou-se ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que considera teratológicas as decisões que determinam a busca e apreensão de crianças e de adolescentes quando há apenas indícios de burla ao cadastro, sem qualquer risco físico ou psicológico aos infantes. Dessa forma, esse egrégio Tribunal vem concedendo *habeas corpus* para determinar, em sede de liminar, que os adotandos permaneçam com os adotantes até a decisão de mérito da ação de adoção, tendo em vista a inexistência de condutas desabonadoras dos candidatos.

Nesse sentido, o STJ já pacificou a tese de preferência do acolhimento familiar e, nesses casos, da família substituta, em detrimento da institucionalização dos infantes, que é medida de caráter excepcional. Isso porque a permanência no núcleo familiar com afinidade e afetividade, independentemente da existência de parentesco e de prévio cadastro dos requerentes, atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, é mister ressaltar a excepcionalidade da medida de acolhimento institucional, que só pode ser determinada se constatado risco físico ou psicológico à criança ou adolescente. Não sendo o caso, já é entendimento consolidado no STJ que a criança deve permanecer com os adotantes e, apesar de ser esta uma decisão tomada em sede de tutela provisória, não há fundamentação legal para que ela não seja também levada em consideração no mérito, dado os benefícios para os infantes.

Este tema, porém, não é pacífico, sendo motivo para diversas controvérsias entre os juristas. Isso pode ser observado pelas recentes decisões que condenaram os adotantes por danos morais coletivos, devido à burla ao Cadastro Nacional. Esse entendimento, contudo, vai de encontro ao analisado neste trabalho e estimula a marginalização das famílias brasileiras.

Conclui-se, assim, que o requisito objetivo do parentesco previsto no art. 50, §13, II, do ECA deve ser relativizado, em prol do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, para que, independentemente de realização de cadastro do pai adotivo, desde que presentes a relação de afeto e de afinidade entre os membros familiares e cumpridas as exigências legais,

verificadas durante o trâmite do feito, a adoção *intuitu personae* seja deferida.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Débora Santana Ribeiro; NUNES, Taciana Pita. Adoção *intuitu personae* à luz da Lei 12.010/09. *JNT- Facit Business and Technology Journal* [online], Araguaína, Ed. 33, V. 2, jan./2022. Disponível em: <<http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1420>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

AYRES, Lygia Santa Maria. *Adoção: de menor a criança, de criança a filho*. Curitiba: Juruá, 2018 [e-book].

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Lei n. 13.509*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

_____. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 16 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no HC n. 680.585 – PR (2021/0221481-4)*, rel. Min. Carlos Fernando Mathias. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102214814&dt_publicacao=19/04/2022>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 468.691 - SC (2018/0235380-2)*, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92940115&num_registro=201802353802&data=20190311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 487812 – CE (2019/0000307-5)*, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900003075&dt_publicacao=01/03/2019>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 735.525 - SP (2022/0106531-0)*, rel. Min. Paulo de



Tarso Sanseverino. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=157163514®istro_numero=202201065310&peticao_numero=&publicacao_data=20220623&formato=PDF. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 99.945 AgR – RJ*, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5308081>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 691*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI n. 0042504-55.2019.8.19.0000*, Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra De Melo. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.002.55714>. Acesso em: 13 out. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *Apl n. 70075812974*, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 13 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Barueri: Grupo GEN, 2022, [e-book].

MARIANO, Fernanda Neísa; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Que perfil da família biológica e adotante, e da criança adotada revelam os processos judiciais? *Psicologia: Reflexão e Crítica* [online]. 2008, v. 21, n. 1. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-79722008000100002>. Acesso em: 13 out. 2022.

PALHEIRO, Renata Di Masi. *Adoção Intuitu Personae*. Tese De Pós-Graduação – Escola De Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, [e-book].

SOUSA, Eduarda Santos De. *A Adoção Intuitu Personae Em Detrimento Da Ordem Cadastral: uma análise a partir do paradigma da socioafetividade*. 2013. 98 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2013.