

## A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE E A NECESSÁRIA HABILITAÇÃO PRÉVIA

“Intuitu Personae”. Loc. (Lat.) Tendo em conta a pessoa, ou em consideração a ela. – Dicionário Jurídico, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Forense Universitária, 8ª Edição, Rio de Janeiro, 2003.

A adoção intuitu personae é a conhecida adoção consensual onde a família biológica, comumente apenas a mãe, eis que desconhecido ou ausente o pai, entrega a criança em adoção a pessoa conhecida.

Tal adoção tem seu embasamento legal fulcrado no ECA – Artigos 45, caput e 166.

Principalmente depois do advento da Lei nº 12.010/2009 a adoção consentida passou a ser uma grande dúvida jurídica, sendo aceita em alguns e juízos e outros não. A fundamentação para sua não aceitação tem base em suposto conflito com relação à interpretação literal do parágrafo 13, do art. 50, em cotejamento com o artigo 166, visto que a interpretação de tal parágrafo, perfunctoriamente, induz a um pseudo entendimento de revogação do art. 166 do ECA.

Entendemos, contudo, assim como vários outros operadores do direito, que se o legislador tivesse a intenção de revogar tal artigo o teria feito e não o manteria na mesma lei. Não se trata de erro material, o artigo 166 subsiste e é claro no que determina, através da inclusão, pela própria Lei nº 12.010/2009, dos parágrafos de 1º ao 7º, vez que o objetivo dos parágrafos, de conformidade com a hermenêutica jurídica, é o de dar especificidade à matéria de que trata o caput.

Assim, com base no acima aduzido, é nosso entendimento que a adoção consentida é juridicamente possível, desde que realizada por pessoas previamente habilitadas.

Não mascaramos os problemas que podem ser enfrentados em tal tipo de adoção, também denominada adoção direta, sendo que o maior deles está centrado na efetiva possibilidade de as crianças serem entregues a pessoas com as quais a família biológica não tenha qualquer vínculo, ou que sejam entregues por motivos escusos ou, ainda, que sejam entregues a pessoas não habilitadas.

Acreditamos que o maior risco esteja, inclusive, na entrega dos filhos a pessoas não preparadas para a adoção.

Essa realidade, onde pessoas não habilitadas recebem crianças diretamente da família biológica, é bastante comum, principalmente em pequenas cidades e, ao final, o Juízo, após anos de convivência e do vínculo afetivo solidificado, obriga-se a ratificar uma situação já consolidada de fato, principalmente em face dos laços da filiação sócio-afetiva.

Na realidade, Juízo, Ministério Público e equipes técnicas do judiciário são verdadeiramente atropelados por situações de fato já consolidadas.

Verificamos, ainda, que comumente alguns operadores do direito sugerem aos futuros adotantes que criem vínculos afetivos com as crianças antes de entrarem com o requerimento de adoção. Com esta tese entendem que a adoção não correrá jamais o risco de ser indeferida.

E com essa teoria e prática, temos várias crianças desprotegidas: sem guarda, sem adoção, sem processos iniciados e abandonadas por seus genitores tanto de fato quanto de direito.

As crianças que se encontram em tal situação estão no limbo e estão lhes sendo negados seus direitos fundamentais.

A normatização da adoção consensual com a especificação de parâmetros para a sua realização urge e não podemos nos permitir continuarmos a não enxergar as variantes utilizadas ao arrepio da lei.

Não normatizar a adoção consensual significa permitir que continue a ser realizada sem a observância do melhor interesse da criança.

A adoção consensual existe. É fato. Não temos como negar.

Sabemos que alguns Juízos se rebelam contra tal modalidade de adoção e retiram a criança dos adotandos, estejam eles habilitados ou não, transferindo a criança para um abrigo ou entregando-a para o primeiro da fila com aquele perfil.

Daí, trava-se uma verdadeira batalha judicial com idas e vindas da criança, medidas de busca e apreensão, fugas, choros, lágrimas, liminares, imbróglios judiciais e emocionais de toda monta.

Perguntamos: quem é a maior prejudicada em todo esse processo? A resposta é uma e única – a criança.

Sabemos que não basta a mera vontade de adotar para que se receba uma criança em adoção. Existem estudos a serem realizados e há de ser verificado se a adoção trará, efetivamente, real vantagem para o adotando e se é fundada em motivos legítimos.

Muito se tem criticado o processo de habilitação previsto no ECA. As críticas às equipes técnicas são ferrenhas e, muitas das vezes, cabíveis, vez que é notória, em algumas comarcas, a ausência de profissionais ou despreparo que técnicos do Judiciário demonstram com os habilitandos e futuros adotantes. Contudo, essa é uma questão a ser devidamente equacionada quando cumprida o que determina a Recomendação nº 2, de 25 de abril de 2006 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça que recomenda aos Tribunais de Justiça a implantação de equipe interprofissional em todas as comarcas do Estado, de acordo com o que prevêm os arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

A entrega pelos pais biológicos aos adotantes, ou por intermediários, incentiva o tráfico, o que é frontalmente contrário aos ditames do ECA na forma de seus artigos 238 e 239.

Ainda existe outra questão, também comum, quando a adoção ocorre sem as formalidades legais: a possibilidade de extorsão e chantagens pela família biológica ou pelo intermediário ou, ainda, a devolução da criança trazendo para ela um trauma insuperável.

Ou seja, o melhor caminho será sempre o da atuação com base na lei, quer para a tranqüilidade dos adotantes, quer para a felicidade e para o total atendimento do melhor interesse do adotando.

Os incisos I, II e III, § 13 do artigo 50 tratam do deferimento da adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não previamente habilitado, quando: se tratar de pedido de adoção unilateral; for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; ou oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 no Estatuto da Criança e Adolescente.

É nosso entendimento que: a) o fato de ser parente, ser padrasto ou madrasta, estar com a guarda legal de criança maior de 3 anos ou contar com a adesão expressa dos genitores não confere aos adotantes a qualificação necessária e indispensável ao desempenho da atribuição de pais; b) os estudos sociais e psicológicos são indispensáveis para que seja traçado o perfil do adotante. Esse é, inclusive, o procedimento corrente, vez que os adotantes são submetidos a avaliações psicológicas e sociais durante o trâmite do processo e seja qual for à situação ensejadora do pedido de adoção.

Entendemos, ainda, que a habilitação é indispensável a todos os adotantes tornando, assim, obrigatória para as adoções consensuais a habilitação e a inserção no Cadastro Nacional de Adoção.

Não haveria, assim, qualquer diferenciação entre os adotandos: todos seriam habilitados independentemente da forma de adoção da qual forem partes.

Assim, para não continuarmos a mascarar a realidade com a aceitação de adoções consensuais que em nada são consensuais, necessária se faz a regulamentação da mesma por lei própria. Com isso a justiça deixará de ser apenas a homologadora da decisão de genitores ou da formação de vínculos afetivos já consolidados. A justiça atuará no real interesse das crianças para o caso concreto das adoções consensuais, vislumbrando, obviamente, os interesses sentimentais dos adotantes, mas sem jamais perder de vista a necessária habilitação destes à adoção.

Com relação à jurisprudência pátria, trazemos decisão do STJ a seguir transcrita:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema

protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil

estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido. (REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010).

E, ainda, na mesma linha:

Apelação Cível nº 2010.004144-7

Origem: 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Natal/RN.

Apelantes: D. S. da S. C. e outro.

Advogado: Pedro Luiz Viana Lopes.

Apelado: Ministério Público.

**Relator: Juíza Convocada Sulamita Bezerra Pacheco**

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL, CONFORME JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO TJRN E DO STJ. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA CAUSA MADURA, DADA A INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO EXAME DO MERITUM CAUSAE. SENTENÇA ANULADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Na mesma vertente assim tem se pronunciado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

**0006371-74.2009.8.19.0061** – APELACAO

**1ª Ementa**

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 05/05/2010 - SEXTA CAMARA

CIVEL

**ADOCÃO DIRIGIDA OU INTUITU PERSONAE**

**CADASTRO DE ADOÇÃO REQUERENTES HABILITADOS**

**ORDEM CRONOLÓGICA INOBSERVÂNCIA INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE**

**Ementário:** 40/2010 - N. 1 - 14/10/2010

**Precedente Citado :** STJ AgRg na MC 15097/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 05/03/2009.

**INTEIRO TEOR**

Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 05/05/2010

Direito Civil. **Adoção.** Mãe e avó materna que desconheciam o estado gravídico da primeira. Descoberta apenas quando do parto. Pai desconhecido. Gravidez fruto de relacionamento passageiro. **Adoção** intuito **personae** configurada. Decisão da genitora e de sua mãe de entregarem a filha para **adoção**. Interesse da autora em ter o bebê recém-nascido como seu filho. Convivência estabelecida desde os cinco dias do nascimento. Concordância da família biológica após conhecer a pretensa adotante, que já se encontrava cadastrada para **adoção**. Laudo da assistente social afirmando estar a criança bem cuidada e adaptada ao lar onde é criada pela adotante e pelo filho desta. Lar harmonioso e em perfeitas condições para o pleno desenvolvimento da criança. Aplicação do art. 227 da Constituição da República: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. "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 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**" (DIAS, Maria Berenice. **Adoção** e a espera do amor. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br) ) "Cuida-se, na espécie, da **adoção** de menor na qual a mãe e o casal, ora agravado, assinaram termo de declaração no qual há expressa manifestação de vontade do primeiro em consentir a doação de uma filha aos agravados, tendo o juiz a quo autorizado a permanência da menor com o casal pelo prazo de trinta dias. Posteriormente, passados oito meses, o Tribunal a quo determinou a guarda da menor aos agravantes por constarem do cadastro geral, sob o fundamento de que uma criança com menos de um ano não poderia criar vínculo com o casal e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada do casal agravado. A Turma entendeu que o critério a ser observado é a existência de vínculo de afetividade da criança com o casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, verificar o estabelecimento do vínculo afetivo da criança com os agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a **adoção** intuitu **personae**. Assim, negou provimento ao agravo" (STJ, AgRg na MC 15.097-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 5/3/2009). Parecer do Ministério Público entendendo por viável a **adoção**. Sentença de procedência, tendo desconstituído o poder familiar da genitora e deferido o pedido de **adoção**. Alegação do Ministério Público de burla ao cadastro público para **adoção**, bem como ausência de vínculo socioafetivo e que houve 'venda' da criança. Ausência de prova nesse sentido. Parecer do Ministério

Público em segunda instância entendendo pelo desprovimento do recurso.Desprovimento do recurso com manutenção da sentença.

**0026403-89.2009.8.19.0000 (2009.002.20364)** - AGRAVO DE INSTRUMENTO

**1ª Ementa**

DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 01/09/2009 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL

**ADOCÃO DIRIGIDA OU INTUITU PERSONAE**

**GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR**

**CADASTRO DE ADOÇÃO**

**REQUERENTES HABILITADOS**

**ORDEM CRONOLÓGICA**

**IRRELEVANCIA**

**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 **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 RECURSO.

**Ementário:** 48/2009 - N. 3 - 17/12/2009

**Precedente Citado :** TJRJ AC 2009.001.06845,Rel.Des. Nagib

Slaibi Filho, julgado em 08/04/2009 eAI 2007.002.20324, Rel.  
Des. Paulo Mauricio Pereira julgado em 22/01/2008

Finalizando, concluímos que se encontra consubstanciada a possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, sob a égide da Lei nº 12.010/2009 mediante prévia habilitação dos adotantes.

A regra geral será o atendimento da ordem do Cadastro Nacional de Adoção, contudo continuará a existir a possibilidade legal e jurisprudencialmente respaldada da adoção *intuitu personae*, mantendo os genitores o legítimo direito de escolha para quem entregar o filho em adoção.