

**CENTRO UNIVERITÁRIO CURITIBA
FACUDADE DE DIREITO CURITIBA**

ANA FLÁVIA SIQUEIRA MARZENTA LIMA

**ADOÇÃO INTUITO PERSONAE E SUA APLICABILIDADE DE ACORDO A LEI DE
ADOÇÃO**

**CURITIBA
2018**

ANA FLÁVIA SIQUEIRA MARZENTA LIMA

**ADOÇÃO INTUITO PERSONAE E SUA APLICABILIDADE DE ACORDO A LEI DE
ADOÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Professora: Adriana Martins Silva.

**CURITIBA
2018**

ANA FLÁVIA SIQUEIRA MARZENTA LIMA

**ADOÇÃO INTUITO PERSONAE E SUA APLICABILIDADE DE ACORDO A LEI DE
ADOÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientadora Adriana: _____

Prof. Membro da Banca.

Curitiba, ____ de _____ de 2018

Dedico essa monografia aos meus pais, Flávio Ferraz de Almeida Lima e Angela Maria de Siqueira Lima, irmãos, Thiago, Matheus e ao meu namorado Jean Michel, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida. À professora Adriana, pela confiança, paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desse trabalho de conclusão de curso.

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a adoção intuito personae, modalidade esta que os pais biológicos entregam o filho para uma terceira pessoa estranha e sem grau de parentesco. O objetivo principal é demonstrar se é possível essa espécie de adoção, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Adoção nº 12.010 de 2009, dispõe que para adotar uma criança é necessário preencher os requisitos exigidos e estar previamente cadastrado junto ao Cadastro Nacional de Adoção. Entretanto, como toda regra possui exceção, essa não é diferente, no qual a Lei prevê três exceções dispostas no art. 50, § 13 do ECA, quais sejam: quando o pedido for de adoção unilateral; quando o pedido for feito por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade, ou ainda quando o pedido for oriundo de quem possui a guarda ou tutela legal de criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que o tempo de convivência comprove a fixação de laços de afetividade e afinidade e não seja constatada a ocorrência de má-fé. Contudo, nota-se que a lei não diz expressamente, sobre a espécie de adoção intuito personae. Desse modo, foi preciso buscar na doutrina e na jurisprudência qual o posicionamento sobre a adoção intuito personae. E, ao final, conclui-se que é possível essa adoção tendo em vista que ao analisar o caso concreto, deve se levar em conta o vínculo afetivo existente e o superior e melhor interesse da criança e do adolescente e não o superior interesse do cadastro de adoção, uma vez que esse não é absoluto.

Palavras-chave: Adoção intuito personae, possibilidade, cadastro nacional de adoção, estatuto da criança e do adolescente.

LISTA DE SIGLAS

ART - Artigo

CC - Código Civil

CNA - Cadastro Nacional de Adoção

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	5
LISTA DE SIGLAS	6
1 INTRODUÇÃO	7
2 PARTE HISTÓRICA DA ADOÇÃO NO BRASIL	9
3 PRINCIPIOS JURIDICOS E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES	16
3.1 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA.....	16
3.2 PRINCÍPIO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	19
3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	22
4 DO PODER FAMILIAR	24
4.1 ORIGEM DO PODER FAMILIAR	24
4.2 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	26
4.3 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR	28
4.4 PERDA DO PODER FAMILIAR	30
5 DA ADOÇÃO	34
5.1 NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO	36
5.2 CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO.....	39
5.3 REQUISITOS PARA ADOÇÃO	42
5.4 ESPÉCIES DE ADOÇÃO	45
5.4.1 Adoção Unilateral	45
5.4.2 Adoção Póstuma	46
5.4.3 Adoção “À Brasileira” ou Afetiva.....	47
5.4.4 Adoção Internacional.....	49
5.4.5 Adoção Intuito Personae	49
5.5 EXCEÇÕES AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO.....	52
6 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE ADOÇÃO INTUITO PERSONAE FRENTE A LEI DE ADOÇÃO	55
7 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a aplicabilidade da Adoção Intuito Personae de acordo com o ordenamento jurídico vigente, colocando em questão a possibilidade dos genitores biológicos, escolherem a família substituta para entregar o infante.

A escolha do tema se deu com base na observação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata apenas de 3 exceções ao Cadastro Nacional de Adoção, e não fez menção alguma sobre a modalidade de adoção intuito personae.

No primeiro capítulo, será abordado a parte histórica da adoção no Brasil, em que mostra como a adoção era feita antes de ter uma Lei específica para regulamentar o assunto. Traz a evolução da criança e do adolescente, que antes eram tratados como meros objetos, e agora são considerados sujeitos de direitos.

No segundo capítulo, irá tratar dos princípios jurídicos e direitos das crianças e dos adolescentes, em especial o princípio da prioridade absoluta, do melhor interesse da criança e o da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, há exposição sobre o poder familiar, sua origem, sua forma de aquisição bem como a extinção, perda e suspensão do poder de acordo com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002.

O quarto capítulo, discorre sobre os aspectos gerais da adoção, quais sejam: a natureza jurídica da adoção, o que é o Cadastro Nacional de Adoção, quais os requisitos para entrar com o processo de habilitação para adoção e quais as modalidades de adoção que existem, abordando especialmente sobre adoção unilateral, adoção póstuma, adoção “a brasileira”, adoção internacional e a adoção intuito personae.

O quinto capítulo, trata das três exceções que a lei de adoção traz frente a necessidade de estar previamente inscrito no cadastro nacional de adoção para adotar uma criança e explica o que se considera vínculo afetivo que a lei cita.

E, por fim, o sexto capítulo, apresenta qual o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça tem sobre a possibilidade de ser deferida a adoção intuito personae de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que a Lei prevê que todos os casais que pretendem adotar têm que necessariamente estarem previamente inscritos no cadastro de adoção, sendo possível apenas, ser deferida a adoção sem o cadastro, nas três hipóteses existentes no art. 50, §13, do ECA e a adoção intuito personae não se enquadra em nenhum desses incisos.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a bibliográfica, que possui seu conteúdo amparado em uma análise literária de obras, textos e dispositivos legais, em específico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Civil de 1916 e 2002 o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12010/2009, bem como jurisprudências pertinentes.

2 PARTE HISTÓRICA DA ADOÇÃO NO BRASIL

Visando uma análise mais aprofundada sobre o tema, veremos num primeiro momento, a parte histórica da Adoção no Brasil e suas evoluções com o passar dos anos.

Primeiramente, encontramos menção a adoção, “nos Códigos de Hamurabi, Manu, no Deuteronômio, na Grécia Antiga e em Roma, onde teve seu apogeu,” como sustenta Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.¹

Bem como, Carlos Roberto Gonçalves declara que a adoção:

[...] Na Grécia, ela chegou a desempenhar relevante função social e política. Todavia, foi no direito romano, em que encontrou disciplina e ordenamento sistemático, que ela se expandiu de maneira notória. Na Idade Média, caiu em desuso, sendo ignorada pelo direito canônico, tendo em vista que a família cristã repousa no sacramento do matrimônio. Foi retirado do esquecimento pelo Código de Napoleão de 1804, tendo-se irradiado para quase todas as legislações modernas.²

Nota-se que a adoção começa a desempenhar uma função social e política na Grécia, entretanto, é só no direito romano que ela acaba se expandindo e ganha um ordenamento sistemático.

Nesse mesmo sentido de Carlos Roberto Gonçalves, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, diz que a adoção:

[...]. Retornou às legislações no Direito Moderno, com a elaboração do Código de Napoleão, em França, em 1804. Napoleão foi um dos defensores da

¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 198.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 331.

inserção da adoção no Código Civil então em elaborações, pois como não conseguia ter filhos com sua imperatriz pensava em adotar. Após o advento do Código de Napoleão, o instituto da adoção voltou a inserir-se em todos os diplomas legais ocidentais, haja vista grande influência do Código Francês nas legislações modernas dos demais países.³

Do mesmo modo, Rolf Madaleno diz que “a adoção teria ressurgido com as reformas sociais da Revolução Francesa e, por consequência, com o advento do Código de Napoleão e deste para os demais códigos que nele buscaram a sua inspiração.”⁴

Com isso, percebe-se que a Adoção, como leciona Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, “existe desde as civilizações mais remotas, em que esse instituto dispõe de um único objetivo, que é dar filhos para pessoas que não podiam ter, a fim de que a religião da família fosse perpetuada”.⁵

Observa-se ainda, como pontua a mesma autora citada acima que, na Bíblia, no Livro do Deuteronômio, o irmão do marido morto era obrigado a prometer em matrimônio a cunhada para dar decência, com o objetivo de que seu nome não fosse extinguido em Israel. Ademais, “[...] poderia adotar aquele que não tivesse filhos e isto viesse a acarretar risco de extinção da família.”⁶

Nota-se também que, segundo Carlos Roberto Gonçalves, a religião obrigava os homens a casarem e terem filhos para cultivar a sua memória, entretanto, impunha divórcio em caso de esterilidade, o qual o marido imponente era substituído por um parente que tinha condições de procriar. E a adoção era um recurso utilizado apenas no último caso, com o objetivo de evitar a desgraça da extinção da família sem descendentes.⁷

Dessa forma, percebe-se que a criança não era vista como uma pessoa sujeita de direitos, e sim como algo de segundo plano, em que só recorria à adoção a partir do momento que o casal visse que não podia ter filhos para perpetuar a sua família.

³ MACIEL, 2010, p. 198.

⁴ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 205

⁵ MACIEL, op.cit., p. 198.

⁶ MACIEL, loc.cit.

⁷ GONÇALVES, 2007, p. 331.

Ademais, salienta o doutrinador Artur Marques da Silva Filho que a adoção retornou seu impulso com o surgimento da 1ª Guerra Mundial, em 1914, diante do súbito e elevado índice de orfandade estabelecidos pelas baixas parentais causadas pelas batalhas.⁸

Mas, a adoção só ganha sistematização com a chegada do Código Civil de 1916, como relata Rolf Madaleno, vejamos:

No Brasil, a adoção só ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos desta resistência se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção, como anota Arthur Marques da Silva Filho, pelo fato de o Código Civil de 1916 exigir tivesse o adotante, no mínimo de cinquenta anos de idade e uma diferença de dezoito anos de idade entre ele e o adotado.⁹

Além disso, Carlos Roberto Gonçalves diz que foi com base nos princípios romanos que o Código Civil de 1916 disciplinou a adoção, tanto de menores, como de maiores, sendo uma instituição com a finalidade de dar continuidade a família, dando aos casais estéreis, os filhos que foram negados pela natureza. E, por isso, a adoção era permitida aos maiores de 50 anos, sem filhos legítimos ou legitimados, levando em conta que, nessa idade era provável que não iriam mais procriar.¹⁰

Outrossim, Maria Berenice Dias, discorre que no Código Civil de 1916 chamava a adoção simples “a adoção era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco limitava-se ao adotante e o adotado”.¹¹

Percebe-se que, ainda, mesmo com o Código de 1916, a adoção era um instituto permitido para casais, que não tinham filhos e eram maiores de 50 anos feitos

⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). **O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.233.

⁹ MADALENO, 2017, p. 205.

¹⁰ GONÇALVES, 2007, p. 331.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 475.

de forma contratual, com escritura pública. Logo, a intenção do legislador era a de dar filhos para casais que até o momento não o tinham.

Após, com a chegada do Código, e a estipulação de idade mínima para adotar, saíram vários movimentos, um deles foi o da Ex. Ministra da Educação, Ester Figueiredo Ferraz, a qual liderou uma iniciativa de conscientização, alegando que era imprestável o instituto da adoção exigir uma idade mínima para os adotantes. Por isso, então que se promulga a Lei 3.133, de 8 de maio de 1957, que trouxe sete modificações no regime da adoção, entre essas a redução da idade mínima para trinta anos e eliminou a condição de não ter filhos legítimos para adotar e ainda reduziu para dezesseis anos a idade de diferença obrigatória que tinha que ter entre adotante e adotado, como relata Rolf Madaleno.¹²

Posteriormente, a Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, estabeleceu mais uma modalidade de adoção sendo a legitimação adotiva, como mostra Maria Berenice Dias, em que a decisão judicial fazia cessar o vínculo com a família natural e era irrevogável.¹³ Carlos Roberto Gonçalves acrescenta que essa lei trouxe uma proteção ao menor abandonado, qual seja:

Com a vantagem de estabelecer um vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotante e adotado, desligando-o dos laços que o prendiam à família de sangue mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no Registro Civil, como se os adotantes tivessem realmente tido um filho natural e se tratasse de registro fora do prazo (art. 6º).¹⁴

Após, veio o Código de Menores, Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, que substituiu o nome da adoção legítima, para a adoção plena, entretanto, manteve o mesmo sentido, como leciona Maria Berenice Dias.¹⁵ E Gonçalves diz ainda que, a lei

¹² MADALENO, 2017, p. 206.

¹³ DIAS, 2010, p. 475.

¹⁴ GONÇALVES, 2007, p. 332.

¹⁵ DIAS. Op. cit., p. 475.

foi revogada com o intuito de proporcionar a integração da criança ou adolescente adotado na família adotiva.¹⁶

Em seguida, com a chegada do Estatuto da Criança do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, a adoção passa por uma nova regulamentação, trazendo com si a inovação a regra de que esse instituto seria sempre pleno para os menores de 18 anos. Uma vez que, a adoção simples ficaria como uma forma exclusiva para os adotandos que já tivessem completado a maioridade civil, como declara Gonçalves¹⁷. Ademais, ele diz também que:

Passaram a ser distinguidas, assim, duas espécies legais de adoção: a civil e a estatutária. A adoção civil era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente a família do adotante, permanecendo o adotado ligado aos seus parentes consanguíneos, como já mencionado, exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante, modalidade está limitada aos maiores de 18 anos. A adoção estatutária era a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 anos. Era chamada, também, de adoção plena, porque promovia a absoluta integração do adotado na família do adotante, desligando-o completamente de seus parentes naturais, exceto no tocante aos impedimentos para o casamento.¹⁸

Entretanto, os filhos adotivos não eram tratados com os mesmos direitos dos filhos biológicos dos casais que adotavam, uma vez que não tinham direito a sucessão hereditária, como dispõe o art. 377 do Código Civil de 1916, “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.”¹⁹

Posteriormente, com a vigência da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, que foi consolidada o princípio de igualdade entre os filhos biológicos e os

¹⁶ GONÇALVES. Op. cit., p. 333.

¹⁷ GONÇALVES, 2007, p. 333.

¹⁸ GONÇALVES, loc. cit.

¹⁹ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

adotados, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da convivência familiar²⁰, que serão mais a frente apresentados, conforme o art. 227 § 6º, vejamos:

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. (grifo nosso)

[...]

§ 6º **Os filhos**, havidos ou não da relação do casamento, ou **por adoção**, **terão os mesmos direitos e qualificações**, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação²¹(grifo nosso)

E ainda, no mesmo artigo citado acima, da Constituição Federal no § 5º, estabelece que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, nota-se que como cita Carlos Roberto Gonçalves “a adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotando”, uma vez que agora quem dita as regras é o legislador e o Poder Público que vai dar assistência a elas.²²

Dessa forma, podemos efetivamente afirmar que a adoção evoluiu de um caráter potestativo para um caráter assistencialista o qual passa a ter o significado de dar uma família a quem não a possui como dispõe Katia Regina Lobo Andrade Maciel.²³

Depois, com o Código Civil de 2002, surge um problema, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente regulava de forma exclusiva sobre a adoção de criança e adolescente, e o Código também trazia alguns dispositivos sobre a adoção de menores. Mas, com a chegada da Lei 12.010/09, de 3 de agosto de 2009, conhecida também por Lei da Adoção, se corrige esse problema, e, atribui ao ECA a

²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Alterada pela Emenda Constitucional nº 65 de 13 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 ago. 2017.

²² GONÇALVES, 2007, p. 330.

²³ MACIEL, 2010, p. 199.

adoção de crianças e adolescentes, e em relação a adoção de maiores de idade se pede para aplicar os princípios disposto no art. 1.619 do Código Civil de 2002, como relata Maria Berenice Dias.²⁴

Além do mais a mesma doutrinadora citada acima diz que:

Dois tratados internacionais estão incorporados à legislação brasileira: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção de Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.²⁵

Notando dessa forma que, atualmente, além do Código Civil de 2002 tratar da adoção de maiores de idade, o Estatuto da Criança e do Adolescente versa exclusivamente sobre a adoção de crianças e adolescente possuímos ainda, dois tratados internacionais que também tratam do tema, qual seja: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças, a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia) e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

E no próximo capítulo iremos abordar sobre os princípios que regem a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente e qual a sua importância para o ordenamento jurídico.

²⁴ DIAS, 2010, p. 476.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <[https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=treu&titlekey=rt%2Fmonografias%2F76474648%2Fv11.4&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=2d5f2fe364e87f6fca10bf243bac29e7&eat=\[bid%3D%2231%22\]&pg=&psi=e&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=treu&titlekey=rt%2Fmonografias%2F76474648%2Fv11.4&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=2d5f2fe364e87f6fca10bf243bac29e7&eat=[bid%3D%2231%22]&pg=&psi=e&nvgS=false)> Acesso em: 04 set. 2017.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Entende-se, conforme relata Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um sistema aberto de regras e princípios em que as regras nos fornecem a segurança jurídica necessária para deliberarmos a conduta. Já os princípios expressam valores relevantes que fundamentam as regras, tendo dessa forma uma função de integrar o sistema.²⁶

3.1 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio de prioridade absoluta é, de acordo com Sergio Luiz Kreuz, uma opção feita pelo legislador em favor da criança e do adolescente, em que não é qualquer prioridade, e sim uma prioridade absoluta, que se sobrepõe a todas as outras estabelecidas, como é o caso, por exemplo, daquela que é conferida às pessoas idosas, ou ainda aquela dada aos portadores de necessidades especiais.²⁷

Já, Paulo Lôbo diz que esse “princípio não é uma recomendação ética, mas uma diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”²⁸

Deve observar que este princípio é um princípio constitucional estabelecido na Constituição Federal da República de 1988, no artigo 277²⁹, e tem previsão também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁶ MACIEL. 2011, p. 19.

²⁷ KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente: Direitos Fundamentais Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional**. 22 ed. Curitiba: Juruá. 2012. p. 70.

²⁸ LOBO, 2011, p. 45.

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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

Nota-se que a Lei Maior, traz que é dever tanto da família quanto da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura tanto quanto outros direitos como dispostos acima. Nesse mesmo sentido trata o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁰

Ademais, essa prioridade tem que ser assegurada por todos, como bem mostra os artigos acima citados, a família, seja ela natural ou substituta, já possui esse dever que decorre do poder familiar, um dever natural de se responsabilizar pelo bem-estar das suas crianças e adolescentes, seja ele vínculo consanguíneo ou afetivo, como leciona Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.³¹

Vale levar em consideração também, para aplicação desse princípio, como afirma Maria Berenice Dias, que os cidadãos até os 18 anos são pessoas em desenvolvimento que portam uma maior vulnerabilidade e fragilidade e em consequência disso faz com que eles tenham um tratamento especiais. Por isso, a consagração desse princípio de prioridade absoluta, que tem uma repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condição de uso, as crianças e adolescentes dos direitos fundamentais específicos.³²

Sergio Kreuz cita o doutrinador Antônio Carlos Gomes da Costa e diz que, ao considerar a criança ou o adolescente como uma pessoa em desenvolvimento significa dizer que:

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) (grifo nosso).

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 04 set. 2017.

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (grifo nosso). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 04 set. 2017.

³¹MACIEL, 2010, p. 20.

³² DIAS, 2010, p. 68.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente seus direitos; não têm condições de defende-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas.

A afirmação da criança e do adolescente como 'pessoas em condição peculiar de desenvolvimento' não pode ser definida apenas a partir do que a criança sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho da plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo do adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.³³

Já, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, diz que a comunidade por ser uma parcela da sociedade que é mais próxima das crianças e dos adolescentes, seja residindo na mesma região, comungando dos mesmos costumes, como vizinhos, membros da escola e igreja, também são responsáveis pelo resguardo dos direitos fundamentais. E por terem essa proximidade fica mais fácil identificar a violação de seus direitos ou comportamento desregrado, que os colocam em risco ou prejudicam a boa convivência.³⁴

Ademais, a mesma autora citada acima coloca que:

No direito da Criança e do Adolescente estamos socializando a responsabilidade, buscando assim prevenir, evitar, ou mesmo minimizar o dano que imediatamente recairá sobre a criança ou jovem, mas que de forma mediata será suportado pelo grupamento social.³⁵

³³KREUZ, 2012, p. 67 e 68.

³⁴ MACIEL, 2010. p. 21

³⁵MACIEL, loc. cit.

Por isso que, como afirma Sergio Luiz Kreuz, que o judiciário ficou com a importante tarefa de interferir na modificação da realidade social da população infanto-juvenil e ainda analisar, também, as organizações discricionárias dos demais poderes, contribuindo com isso para um resgate da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.³⁶

Percebe-se dessa forma que, o legislador ao colocar que é dever tanto da família, como da sociedade e do Estado, de forma solidária, resguardar sobre a prioridade absoluta os direitos que estão elencados no artigo 277 da CF, foi com o objetivo de tentar prevenir, evitar ou até mesmo minimizar que aqueles direitos sejam violados por quaisquer que seja a pessoa responsável para assegurá-lo.

3.2 PRINCÍPIO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Esse é um dos mais importante dentro de todos os outros princípios que já abordamos e que ainda vai ser abordado, tendo em vista que é ele que mais se vê nas fundamentações de decisões seja em 1º quanto em 2º grau, conforme sustenta Sergio Luiz Kreuz: “serve como um importante elemento de solução de conflitos em relação à criança, buscando-se sempre o que lhe for mais favorável ao seu desenvolvimento”.³⁷

Esse princípio foi incluído com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de acordo com o entendimento de Paulo Lôbo, em que os infantes e os adolescentes devem ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade, e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que digam a seu respeito, principalmente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.³⁸

³⁶ KREUZ, 2012, p. 72.

³⁷ KREUZ, 2012, p. 73.

³⁸ LOBO, 2011, p. 75.

Além do mais, o mesmo autor, diz que se tem uma inversão de prioridades, no qual antes quando ocorria uma separação dos pais, por exemplo, o interesse do filho ficava em segundo plano ou nem era levado em consideração, já hoje qualquer decisão deve ser tomada considerando o seu melhor interesse.³⁹

Paulo Lobo afirma ainda que o Princípio do Melhor Interesse da Criança:

Parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se conhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.⁴⁰

Observa-se para tanto que como já tratamos no primeiro capítulo dessa monografia, com a Constituição Federal de 1988, as crianças e os adolescentes deixam de ser tratados como meros objetos e passam a ser tratados como sujeitos e titulares de direitos.

Ademais, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, entende por esse princípio como sendo aquele que serve tanto para orientar o legislador como para orientar o aplicador do direito, estabelecendo a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei e esclarecendo os conflitos, ou até mesmo para criar regras futuras.⁴¹

Por isso que, na análise do caso concreto, como leciona, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, “acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens”.⁴²

³⁹ LOBO, 2011, p. 75.

⁴⁰ LOBO, loc cit.

⁴¹ MACIEL, 2010. p. 28.

⁴² MACIEL, loc. cit.

Mas isso não significa que tem que atender todos os desejos da criança e do adolescente, como esclarece Sergio Luiz Kreuz, já que esse princípio está vinculado também ao estabelecimento de limites, receber educação, o respeito à autoridade dos pais e professores, o conhecimento de noções de responsabilidade e nos respeitos às regras sociais. E caso ocorra a omissão, a negligência dos pais e responsáveis, em relação a isso, fica evidente que, estaria contrário aos interesses dos filhos.⁴³

Dessa forma, repara-se que desde a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1990, traz em seu artigo 3.1 que deve levar em conta sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, senão vejamos:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.⁴⁴

Por isso a importância desse princípio na hora de analisar e aplicar no caso concreto, uma vez que, de acordo com o doutrinador Sergio Luiz Kreuz, esse princípio “deve ser entendido como norma, como imperativo, para concretização de todos os direitos assegurados às crianças e adolescentes”⁴⁵ e ainda acrescenta que “por ter seu conteúdo amplo e indeterminado, nem sempre será fácil de, no caso concreto, desvelar o alcance e em que realmente consiste. Daí a relevância da intervenção multidisciplinar...”⁴⁶

⁴³ KREUZ, 2012, p. 73.

⁴⁴BRASIL. Decreto Lei nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 04 out. 2017.

⁴⁵KREUZ, op. cit., p. 73.

⁴⁶KREUZ, 2012, P. 74.

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Primeiramente, tem que destacar que esse princípio é aquele que fundamenta o Estado Democrático de Direito, uma vez que está disposto já no artigo 1º, inciso III, da Carta Maior.⁴⁷

Além disso, partindo desse pressuposto temos então que, como descreve Maria Berenice Dias, esse princípio não serve apenas para colocar um limite na atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva, em que ele não tem apenas o dever de praticar atos que não atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas que a promova por meio de condutas ativas um mínimo existencial para cada ser humano no seu território.⁴⁸

Ainda, Paulo Lôbo sustenta que esse princípio “é um núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.⁴⁹

Emmanuel Kant afirma também que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta, ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto.⁵⁰

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 04 set. 2017.

⁴⁸ DIAS, 2010, p. 63.

⁴⁹ LÔBO, 2011, p. 60.

⁵⁰ KANT. Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. ed. 70 Lisboa: 1986. p. 77.

Ademais, Paulo Lôbo diz que “a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade.”⁵¹

No mesmo sentido Caio Mário Silva Pereira diz que “o efeito pretendido da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, que as pessoas tenham uma vida digna.”⁵²

Nota-se dessa forma que, as crianças e os adolescentes devem ser vistos como pessoas em desenvolvimento que possuem uma dignidade, a qual não pode ser trocada e nem vendida, devendo sobretudo ser respeitada, por serem sujeitos de direitos.

No próximo capítulo, será abordado a origem do poder familiar, como que ele pode ser extinto, suspenso ou perdido.

⁵¹ LÔBO, 2011, p. 62.

⁵² PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito de Família**. 25ª ed. Forense. 2017. p. 62.

4 DO PODER FAMILIAR

4.1 ORIGEM DO PODER FAMILIAR

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa o poder familiar surge no direito romano sendo um conjunto de poderes absolutos atribuídos ao pater, o qual tinha condição de chefe da família, visando tão somente o seu interesse. Esse poder era exercido sem limite algum, tendo o direito de punir, de expor, vender, e tirar o direito de vida e morte do filho. Ademais, o filho em Roma, não tinha nem direito ao patrimônio que ganhava quando lutava e ganhava nas guerras pois esse pertencia integralmente ao pai.⁵³

Foi só na Idade Média, com o Código Civil Francês, que os poderes que eram conferidos ao pai diminuem e conseqüentemente se amplia os deveres a ele imposto, como cita Messias Dimas de Carvalho⁵⁴

Ademais, Rolf Madaleno, o qual cita Jorge Adolfo Mazzinghi, diz que o poder familiar existe uma vez que o filho necessita da proteção e dos cuidados de seus pais, pois precisa ser alimentado e educado, tendo em vista que o infante nasce indefeso e dependente, e assim permanece durante muito tempo, impedido de atender diretamente às suas necessidades pessoais.⁵⁵

O mesmo autor citado acima diz ainda que, a origem do poder familiar está na razão natural de ser, em que os filhos precisam da proteção e cuidados dos seus pais, pois possuem uma dependência absoluta quando do nascimento, e a partir do momento em que vão crescendo essa dependência vai diminuindo até que atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, em que se desligam dos pais.⁵⁶

Dessa forma, percebe-se que a concepção de pátrio poder, foi modificando a tal ponto que no direito moderno é caracterizado por um instituto protetivo, o qual seu

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol. 5 Família. 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 342.

⁵⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias** 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 717.

⁵⁵ MADALENO, 2017, p. 245.

⁵⁶ MADALENO, loc. cit.

titular possui vários encargos, imposto pelo Estado, a fim de que cuidem do futuro de seus filhos, como pontua Messias de Dimas Carvalho⁵⁷.

Além do mais, de acordo com o doutrinador Arnaldo Rizzardo, “a denominação poder familiar trata de instituto que, no Código anterior vinha com o nome pátrio poder que estava no Capítulo V do Subtítulo II, Título I do Livro IV da parte Especial do Código”.⁵⁸

Vale ressaltar também que, o poder familiar é exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, conforme art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁹, e art. 1631 do Código Civil.⁶⁰

Nesse mesmo sentido pontua Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépoire e Rogério Sanches Cunha, o qual afirmam que a alteração legislativa que propôs a extinção da utilização do termo pátrio poder decorre do princípio da plena isonomia entre gêneros ou igualdade na chefia familiar, conforme dispõe o art. 226, § 5º da Constituição Federal⁶¹, que diz que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos de forma igual pelo homem e pela mulher.⁶²

Além disso, Maria Berenice Dias afirma que, quando o relacionamento dos pais é dissolvido, nada vai interferir no poder familiar em relação aos filhos, como dispõe o art. 1632 do Código Civil⁶³. Ressalta também que, mesmo quando há o divórcio ou a

⁵⁷ CARVALHO, 2017, p. 717.

⁵⁸RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. s.p. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/60!/4/2@0:0.00> Acesso em: 18 out. 2017.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

⁶²ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Eduardo Paulo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 157.

⁶³BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao

dissolução da união estável entre os genitores, os direitos e deveres em relação aos filhos continuam os mesmos uma vez que a falta de convivência no mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais.⁶⁴

4.2 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção do poder familiar se concretiza através da morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção, ou ainda pela decisão judicial, conforme está disposto no art. 1635 do Código Civil.⁶⁵

Ainda, Paulo Lôbo sustenta que a extinção é uma interrupção definitiva do poder familiar em que as hipóteses legais são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicariam em restrição de direitos fundamentais, e uma vez presente alguma dessas hipóteses a ocorrência real dessas causas levaria à extinção automática.⁶⁶

Ademais, de acordo com os comentários de Arnaldo Rizzardo referente as essas hipóteses do art.1.635 do Código Civil, de extinção do poder familiar diz que:

I – Pela morte dos pais ou filho. É natural que a morte traga a extinção, porquanto desaparece o sujeito ativo do direito. Mas, o falecimento de um dos progenitores somente se faz cessar o encargo quanto ao que falecer, perdurando com o outro. Unicamente com a morte de ambos os pais, ou do filho, dá-se a extinção, impondo-se, então que se nomeie tutor ao menor.⁶⁷

direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

⁶⁴ DIAS, 2010, p. 420 e 421.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

⁶⁶ LÔBO, 2011, p. 305 e 306.

⁶⁷ RIZZARDO, 2014. s.p. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/60!/4/180/2@0:0>> Acesso em: 19 out. 2017

Observa-se com isso que é necessário que tanto o pai, quando a mãe da criança ou do adolescente tenha morrido para que se tenha a extinção do poder familiar, ou ainda a morte do filho. Agora, se tiver a morte de apenas um dos pais não gera a extinção do poder familiar sobre aquela pessoa que continua vivo. E ainda, como o infante ou jovem ficam sem ninguém para os representar se tem a necessidade de nomear um tutor que ficará responsável por esse.

Em relação a emancipação Arnaldo Rizzardo diz que “uma vez concedida a emancipação, por ato de vontade dos pais, ou de um deles na falta de outro, torna-se maior o filho”⁶⁸. Ou seja, depois que a manifestação de vontade dos pais, ou de apenas um deles é feita por meio do registro público, não tendo a necessidade de homologação ou sentença feita pelo juiz, o filho passa a ser de maior.⁶⁹ Vale lembrar ainda que existem mais três formas de ocorrer a emancipação, além da mencionada acima, como dispõe o art. 5º, parágrafo único do Código Civil.⁷⁰

A outra hipótese de extinção como já relatada é pela maioria e como o art. 5º caput do código civil diz que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada a praticar todos os atos da vida civil”.⁷¹

A penúltima hipótese de extinção é pela adoção, em que Arnaldo Rizzardo sustenta “a adoção é concedida se os pais renunciarem ao poder familiar, ou se houver sentença declarando a perda ou extinção. Não se autoriza a adoção com a permanência do poder familiar”. Isto é, só será possível a adoção da criança ou do adolescente se, os pais renunciarem o poder familiar em audiência ou sentença judicial que declare a perda /extinção.

⁶⁸ RIZZARDO, 2014. s.p. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/60!/4/180/2@0:0>> Acesso em: 19 out. 2017

⁶⁹ RIZZARDO, loc. cit.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 out. 2017.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 19 out. 2017.

Por fim, a última hipótese de extinção do poder familiar que o Código Civil traz no art. 1635 é por decisão judicial, na forma do art. 1638⁷², como discorre Arnaldo Rizzardo “é aquela em que se dá a perda do poder familiar, verificável quando o pai ou a mãe castigar imoderadamente o filho”.⁷³

Ora, vale lembrar também como Caio Mário Silva Pereira ressalta, “a destituição deve ser feita através de procedimento contraditório e ampla defesa, art. 24 do ECA⁷⁴, atendendo os tramites pertinentes indicados no art. 155 a 163 do ECA.”⁷⁵

Diante do exposto, percebe-se então que existem cinco hipóteses de extinção do poder familiar. Ademais, vale lembrar também que o divórcio ou a dissolução da união estável ou até mesmo a falta de convivência no mesmo teto dos genitores não extingue o poder familiar em relação a criança.

4.3 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

Primeiramente, antes de tratarmos sobre a suspensão do poder familiar se faz necessário fazer uma breve recordação.

De acordo com Maria Berenice Dias, o poder familiar deve ser exercido em favor dos interesses dos filhos. E em consequência disso, o Estado se sente legitimado a entrar na vida privada da família, com o intuito de defender os menores que lá vivem. Por isso que, quando um ou ambos os genitores não cumprem com os

⁷² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em: 19 out. 2017.

⁷³ RIZZARDO, 2014, s.p. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/60!/4/180/2@0:0>> Acesso em: 19 out. 2017.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 19 out. 2017.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 536.

deveres que decorrem do poder familiar, mantendo o comportamento prejudicial ao filho, o Estado deve intervir, uma vez que é prioridade preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso o Poder Público tenha que afastar esses do convívio com os pais.⁷⁶

Paulo Lôbo diz que de acordo com o art. 1.637 do Código Civil⁷⁷ são quatro as hipóteses legais expressas de suspensão do poder familiar, sendo elas: o descumprimento dos deveres a eles inerentes; ruína dos bens dos filhos; risco à segurança do filho; condenação em virtude de crime cuja a pena exceda a dois anos de prisão. Bastando, dessa forma, um acontecimento que justifique o receio de vir a se repetir no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres, para ter a suspensão do poder familiar decretada.⁷⁸

Vale lembrar que, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel pontua que, se da violência que resultou a condenação, cuja pena exceda dois anos de prisão, tenha sido praticada contra o filho ou sendo relacionada ao estado de filiação, ou assistência familiar o Código Penal no art. 92, inciso II⁷⁹ diz expressamente que o/a condenado (a) fica incapacitado, como efeito da condenação, para o exercício do poder familiar.⁸⁰

Além disso, “a imposição da pena de suspensão é deixada ao prudente arbítrio do juiz, que tem a liberdade de não a aplicar, posto que provado o fato determinante que o filho recebera o tratamento conveniente”, como sustenta Caio Mário Silva Pereira.⁸¹

Ademais, Caio Mário Silva Pereira diz que o juiz pode de ofício, ou a requerimento de algum parente ou mediante representação do Ministério Público, suspende o poder familiar. Entretanto, a lei não expôs um tempo limite para essa

⁷⁶ DIAS, 2010, p. 426.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

⁷⁸ LÔBO, 2011, p. 306 e 307.

⁷⁹ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 92 - São também efeitos da condenação II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

⁸⁰ MACIEL, 2010, p. 131.

⁸¹ PEREIRA, 2017, p. 537.

suspensão, uma vez que o prazo é dado pelo julgador de acordo com a conveniência do menor. Após o termino do prazo o exercício do poder familiar volta como era antes. Porém, pode ainda, a suspensão ser revogada a qualquer momento a critério do juiz.⁸²

Nesse mesmo sentido Paulo Lôbo afirma que “a suspensão pode ser revista, quando superados os fatores que a provocaram”.⁸³

Ainda, Silvio de Salvo Venosa diz que “a suspensão é a medida menos grave do que a destituição ou perda, porque, cassados os motivos, extinta a causa que a gerou pode ser reestabelecido o poder paternal.”⁸⁴

Dessa forma, observa-se que a suspensão do poder familiar é decretada, quando presente alguma das quatro hipóteses previstas no art. 1.637 do Código Civil, e ainda pode ser pedida de ofício pelo juiz, por algum parente ou pelo Ministério Público, com prazo sendo estipulado pelo julgador, podendo ainda ser revogada a qualquer tempo quando não estiver mais presente nenhuma das hipóteses que levaram a decretação da suspensão.

4.4 PERDA DO PODER FAMILIAR

A perda, de acordo com Silvio de Salvo Venosa “é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos”⁸⁵, conforme o art. 1.638 do Código Civil.⁸⁶

⁸² PEREIRA, 2017, p. 537.

⁸³ LOBÔ, 2011, p. 307.

⁸⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17 ed. São Paulo. Atlas. 2017. P. 361

⁸⁵ Ibid., p. 362.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

Ademais, no mesmo sentido Maria Berenice Dias sustenta que “perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde a infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa.”⁸⁷

De acordo com Arnaldo Rizzardo, em relação ao inciso I do art. 1.638 do Código Civil explica que castigar imoderadamente o filho não significa que é proibido os pais utilizarem de atitudes corretivas para educa-los em determinadas circunstâncias, até porque “a própria educação requer certa rigidez na condução de procedimento do filho, que não possui maturidade para medias as consequências de seus atos”. Mas vale lembrar que essas atitudes corretivas “não podem ultrapassar as justas medidas exigidas para a situação de infração, não permitindo excessos e nem meios inapropriados, cumprindo respeito à própria pessoa do filho.”⁸⁸

Com isso, percebe-se que esse inciso não está impedindo os pais de empregar os meios corretivos na educação do filho, mas está impedindo os excessos que podem ocorrer em relação à criança e ou adolescente.

Em relação ao inciso II do art. 1.638 do Código Civil, qual seja “ deixar o filho em abandono”⁸⁹, Arnaldo Rizzardo diz que “ esta infração de dever dos pais a negar ao filho a devida assistência econômica, alimentar, familiar, moral, educacional e médico hospitalar”.⁹⁰ E ainda, de acordo com o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “ A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar”⁹¹.

Nota-se com isso que não é só pelo fato dos pais não terem condições materiais de sustentar o filho que vai decretar a perda ou a suspensão do poder familiar, uma vez que possui programas de assistência, mas basta ter deixado o filho em abandono, sem a devida assistência familiar, alimentar, moral, educacional e médico hospitalar, para ter a suspensão ou a perda do poder familiar.

⁸⁷ DIAS, 2010, p. 428.

⁸⁸ RIZZARDO, 2014, s.p. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/60/4/180/2@0:0>> Acesso em: 23 out. 2017

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

⁹⁰ RIZZARDO, op. cit., s.p.

⁹¹ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

Já o inciso III do art. 1.638 do Código Civil, “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” e aquele em que, Arnaldo Rizzardo sustenta que, considerando que é no lar que os filhos adquirem os princípios que rodeiam o seu futuro, quais sejam: a dignidade pessoal, a honestidade, a correção da conduta, o respeito pelo outro, a reponsabilidade profissional, etc. Ademais, como são pessoas imaturas e sem conhecimento sobre determinados assuntos para entender e saber se conduzir é necessário os pais para auxiliá-los. Porém, quando ocorre exatamente ao contrário, em que os pais ensinam práticas delinquentes, a expansão do sexo sem recato, dispõe contra a formação do filho, eles estão incorrendo na sanção legal, que é a perda do poder familiar.⁹²

E a última hipótese de perda do poder familiar, é a do inciso IV do art. 1.638 do Código Civil, em que se resume a “incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”⁹³ Ou seja, se os genitores, após serem advertidos continuarem, seguidamente, cometendo as faltas já citadas, é outra forma de perder o poder familiar.

Vale lembrar ainda que, como aborda Carlos Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Dabus, “enquanto a suspensão do poder familiar representa ato temporário que pode abranger determinado filho, a perda do poder familiar tem caráter permanente e se estende a todos os filhos menores”⁹⁴

Ademais, no mesmo sentido sustenta Sílvio Salvo Venosa, vejamos:

Em sede de suspensão ou perda do poder familiar, cabe sempre ao juiz, avaliando a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor, usar de seu poder geral de cautela, determinando medidas provisórias, deferindo e determinando a busca e apreensão e a guarda provisória dos menores a terceiros ou a estabelecimentos idôneos, enquanto a matéria é discutida no curso do

⁹² RIZZARDO, 2014, s.p. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/cfi/6/60!/4/180/2@0:0>> Acesso em: 23 out. 2017

⁹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

⁹⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldos do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 669.

processo. Lembre-se de que a suspensão do poder familiar suprime alguns direitos do genitor, mas não o exonera de prestar alimentos.⁹⁵

Dessa forma, observa-se que, mesmo quando os genitores perdem o poder familiar por alguma das hipóteses já citadas acima, ainda vai existir o dever deles de pagar alimentos para o filho ou os filhos.

Agora, depois de analisarmos a extinção, suspensão e perda do poder familiar, vamos abordar no próximo capítulo o instituto da adoção, qual a sua classificação, quais espécies que existe, como que faz para adotar, quais os requisitos e se existe exceções na nova Lei de Adoção.

⁹⁵ VENOSA, 2017, p. 362.

5 DA ADOÇÃO

Adoção nada mais é, como cita Maria Berenice Dias, um instituto que utiliza a palavra afeto, em que se baseia no amor paterno-filial que imita a vida. Em que, os filhos adotivos resultam de uma opção feita pelo habilitado, e não pelo acaso. E o nexo familiar que existe não é só por força de lei, mas é reafirmado pelos laços de afeto construído já que é estabelecida de forma voluntária, com o intuito de formar família, em que o afeto deve manter-se de forma recíproca entre os componentes que a integram.⁹⁶

De acordo com a lei à adoção é uma medida excepcional e irrevogável a qual só ocorrerá quando esgotado todas as possibilidades da criança e/ou adolescente voltar para a família natural ou extensa, conforme dispõe o art. 39, § 1º do ECA.⁹⁷

A adoção é, conforme leciona Maria Berenice Dias, uma medida excepcional. Uma vez que a lei repete 11 vezes a preferência pela família natural ou extensa, no intuito de assegurar o que a Constituição fala no art. 277, qual seja o direito de convivência familiar. Entretanto é evidente que existe um equívoco pois essa expressão não quer dizer que tem que ser família consanguínea. Já que, quando alguém entrega um filho para adoção é porque não tem como permanecer com ele, nem sua família tem condições de acolhe-lo. E, se a criança é tirada da convivência familiar significa que a própria família nada fez para protegê-la, sem interesse em reassumir a guarda.⁹⁸

Ademais, Maria Berenice Dias diz que quando uma mulher entrega o seu filho para adoção, o desejo é que alguém assume como seu. Não quer vê-lo em abrigo

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. Filhos de Afeto. 2017. S.p. Disponível em: < [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=19ce0b331b670318e9a771392c6d056f&eat=\[bid%3D%229%22\]&pg=&psl=e&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=19ce0b331b670318e9a771392c6d056f&eat=[bid%3D%229%22]&pg=&psl=e&nvgS=false)> Acesso em: 07 nov. 2017.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 07 nov. 2017.

⁹⁸DIAS, op. cit., s.p.

nem que seja entregue a uma pessoa de sua família. Assim, muitas vezes, acaba entregando-o a quem queira, as chamadas adoções diretas.⁹⁹

Por isso que, como pontua Maria Berenice Dias, são editadas leis cada vez mais rígidas na tentativa de “organizar” os vínculos parentais criando cadastros na tentativa de agilizar a aproximação entre os dois polos desejastes: filhos à espera de pais e pessoas que os querem para filhos.¹⁰⁰

Porém, com essa burocracia criada por essas leis cada vez mais rígida, Maria Berenice Dias sustenta que:

Durante anos, crianças e adolescentes são mantidos em verdadeiros depósitos, enquanto amargam a rejeição de serem reinseridos na família biológica ou de serem acolhidos pela família extensa. Somente depois tem início o moroso processo de destituição do poder familiar, em que são esgotadas todas as vias recursais. Quando finalmente são disponibilizadas para adoção, tornam-se invisíveis e inacessíveis. Ninguém tem acesso a eles, nem quem está habilitado a adotá-los¹⁰¹

Observa dessa forma que, pelo fato da lei abordar onze vezes pela preferência da família natural e/ou extensa as crianças, adolescentes acabam ficando em entidades aguardando que os pais e a justiça decidam o que vai ser feito com eles, e quando finalmente estão disponíveis para adoção não são adotados, por serem invisíveis e inacessíveis, já que os casais que estão habilitados não podem conhecê-los previamente.

Além do mais, Maria Berenice Dias diz também que, durante essa eternidade, as crianças crescem e acabam se tornando inadotáveis, o qual ninguém as quer, uma

⁹⁹DIAS, Maria Berenice. Filhos de Afeto. 2017. S.p. Disponível em: <[https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=19ce0b331b670318e9a771392c6d056f&eat=\[bid%3D%229%22\]&pg=&psl=e&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=19ce0b331b670318e9a771392c6d056f&eat=[bid%3D%229%22]&pg=&psl=e&nvgS=false)> Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁰⁰ DIAS, loc. cit.

¹⁰¹ DIAS, loc. cit.

vez que chegam aos abrigos bebês e de lá saem quando atingem a maioridade e são jogadas à vida, sem qualquer preparo para viver em sociedade.¹⁰²

Por essa razão, Maria Berenice Dias conclui que é necessário responsabilizar o Estado pelo negligente abandono a que submete o segmento mais vulnerável da sociedade, crianças e adolescentes sem pais, sem família em que ninguém os cuida como merecem nem é dada a elas a chance de ter uma família para chamar de sua.¹⁰³

Ressalta também Maria Berenice Dias que, a burocracia é excessiva até para os candidatos cadastrarem, uma vez que existe inúmeros empecilhos e os longos anos de espera fazem com que os pretendentes desistam do processo, ou tentem burlar a adoção legal e partam para a chamada adoção direta, façam uso das técnicas de reprodução assistida ou ainda, simplesmente abandonem o sonho de constituírem uma família com filhos.¹⁰⁴

5.1 NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

Depois de um breve relato do instituto da adoção, se faz necessário discorrer um pouco sobre a natureza jurídica da adoção.

Pois bem, segundo Maria Berenice Dias a filiação se constitui de duas formas, a primeira é pelo fato, ou seja, o nascimento, e a segunda é pelo ato jurídico, no qual a adoção se enquadra, em que a eficácia está condicionada a uma análise judicial que cria um vínculo fictício de paternidade, maternidade e filiação entre pessoas estranhas, diferentemente da filiação biológica.¹⁰⁵

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Filhos de Afeto**. 2017. S.p. Disponível em: <[https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=19ce0b331b670318e9a771392c6d056f&eat=\[bid%3D%229%22\]&pg=&psl=e&nvgS=false](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115597663%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015cefff6965ab7af0a5#sl=0&eid=19ce0b331b670318e9a771392c6d056f&eat=[bid%3D%229%22]&pg=&psl=e&nvgS=false)> Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁰³ DIAS, loc. cit.

¹⁰⁴ DIAS, loc. cit.

¹⁰⁵ DIAS, 2010. p. 476

No mesmo sentido, Carlos Alberto Gonçalves, conceitua a “adoção como ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. E cita ainda que, Maria Helena Diniz, apresenta o conceito de adoção sendo um ato jurídico solene, pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.¹⁰⁶

Do mesmo modo, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf conceituam adoção sendo:

Um negócio jurídico pelo qual promove, mediante uma sentença judicial constitutiva, o ingresso de um indivíduo, maior ou menor de idade, capaz ou incapaz, em família substituta, a família adotante, passando o adotado a dispor de todos os direitos e deveres inerentes à filiação biológica. Vê-se, assim, que a filiação adotiva nasce de um ato jurídico que cria entre duas pessoas um elo jurídico de filiação não fundada nos laços de sangue.¹⁰⁷

Caio Mário da Silva Pereira sustenta que a “adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente, de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”¹⁰⁸

Verifica-se com isso que, todos os autores citados acima dizem que a natureza jurídica da adoção é um ato solene que através de uma sentença judicial pessoas estranhas criam um vínculo afetivo de mãe, pai e filho. Não importando à existência de relação de parentesco ou consanguíneo entre eles.

Já, Paulo Lobo diz que, a adoção por se tratar de um estado de filiação que é indisponível e não pode ser revogada, é um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, uma vez que depende de decisão judicial para produzir seus efeitos e ainda

¹⁰⁶ GONÇALVES, 2007, p. 329.

¹⁰⁷ MALUF, 2016, p. 568.

¹⁰⁸ PEREIRA, 2017, p. 469

é um ato personalíssimo considerando que não pode ser exercido por procuração, como dispõe o art. 39 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰⁹

Consequentemente, Sílvio de Salvo Venosa, sustenta que a adoção não pode ser simplesmente bilateral a manifestação da vontade das partes, pois tem que levar em conta que o Estado participa ativamente nesse processo, o qual exige uma sentença judicial. Diz ainda que, “na adoção estatutária há ato jurídico com marcante interesse público que afasta a noção contratual. Ademais a ação de adoção é ação de estado, de caráter constitutivo, conferindo a posição de filho ao adotado”.¹¹⁰

Ao mesmo tempo, Caio Mário da Silva Pereira diz que por muito tempo a bilateralidade na adoção foi considerada como um contrato. Entretanto, só pela presença do consensus, não pode considerar que esse instituto é um contrato como uma figura típica do direito das obrigações. Afirma ainda que, alguns qualificam simplesmente como ato solene. Outros, como um instituto de ordem pública, produzindo efeitos em cada caso concreto na dependência de um ato jurídico individual, possuindo uma semelhança com o casamento, em que na adoção observa-se dois aspectos, a sua formação e a condição que isso gera.¹¹¹

Vale ressaltar ainda que, o conceito de adoção deve ser analisado de acordo com o Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente já que o art. 1625 do Código Civil estabelece que “somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”¹¹², como bem pontua também o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.¹¹³

Ademais, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel discorre que a adoção, é uma das modalidades de colocação em família substituta que existe no ordenamento jurídico. Sendo esse o mais completo, já que as outras, tutela e guarda são todos institutos que limitam apenas conceder ao responsável alguns dos atributos do poder

¹⁰⁹ LOBO, 2011, p. 267.

¹¹⁰ VENOSA, 2017, p. 310.

¹¹¹ PEREIRA, 2017, p. 470.

¹¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

¹¹³ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

familiar e à adoção transforma a criança/adolescente em membro da família com uma proteção muito mais ampla.¹¹⁴

Desse modo, percebe-se então, que adoção é uma modalidade de colocação da criança em família substituta, observados os motivos legítimos, por meio de uma sentença constitutiva que fara criar vínculos de mãe, pai e filho (a), independentemente de relação de parentesco ou consanguinidade, entre pessoas estranhas.

5.2 CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

Primeiramente, antes de tratarmos sobre o cadastro nacional de adoção é importante destacarmos como que chega a ele.

Maria Berenice Dias explica que para entrar com o processo de habilitação para adoção os candidatos devem protocolar uma petição inicial que deverá ser instruída de diversos documentos, quais sejam: comprovante de renda e de endereço; atestado de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível, como dispõe o art. 197 – A do ECA. Depois disso, os candidatos indicam o perfil da criança que pretendem adotar, o Ministério Público dará o parecer, podendo inclusive pedir audiência para ouvir os postulante e testemunhas. E a inscrição deles está condicionada a um período preparatório psicossocial e jurídica, mediante a frequência obrigatória a programas de preparação psicológica, orientação e estímulo a adoção, conforme art. 197 – C do ECA. Após todo esse processo, deferida a habilitação, os postulantes serão inscritos no cadastro nacional de adoção.¹¹⁵

Agora, vamos tratar do cadastro nacional de adoção, em que segundo Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art.

¹¹⁴ MACIEL, 2010, p. 197.

¹¹⁵ DIAS, 2010, p. 496.

50¹¹⁶ trata sobre a necessidade de ter um cadastro em cada Comarca e Juízo, em que um se destina para as crianças e adolescente disponíveis para adoção e outro de pessoas que desejam adotar.¹¹⁷

Salienta Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel que a utilização desses cadastros é muito útil, tendo em vista que facilita bastante o trabalho da equipe interprofissional apurar os requisitos legais e apurar a compatibilidade de adotante e adotado, tornando o processo de adoção mais rápido.¹¹⁸

No mesmo sentido sustenta Maria Berenice Dias em que afirma que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que cada comarca ou foro regional tenha um cadastro de crianças disponíveis para adoção e um cadastro de casais habilitados para adoção, não admitindo para tanto que pessoas que não estejam no cadastro possam adotar.¹¹⁹

Ademais, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, diz que para incluir a criança ou o adolescente no cadastro e necessário apenas um estudo feito pela equipe interprofissional do juízo ou qualquer outro programa de acolhimento que diga que a adoção é a medida que melhor atendera os interesses da criança e do adolescente, ou seja, não precisa que a o infante ou o jovem estejam destituídas para estarem no cadastro, uma vez que isso vai se dar apenas para atender o pressuposto lógico da decretação da adoção.¹²⁰

Já o cadastro de pessoas interessadas a adotar só será criado no momento em que os interessados procurarem a Vara da Infância e da Juventude e demonstrar que possui o desejo de adotar, escolhendo dessa forma a idade o sexo da criança que pretendem adotar, conforme explica Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.

Além de termos o cadastro de pessoas habilitadas para adotar em cada unidade da federação existe ainda o cadastro nacional de adoção, conforme art. 50,

¹¹⁶ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 11 set. 2017.

¹¹⁷ MACIEL, 2011, p. 224.

¹¹⁸ MACIEL, loc. cit.

¹¹⁹ DIAS, 2010, p. 490.

¹²⁰ MACIEL, 2011, p. 226.

§ 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²¹. E também um cadastro especial para aquelas que não residem em território nacional, não importando para tanto a sua nacionalidade, como dispõe o art. 50, § 6º do ECA¹²². Porém, esse cadastro especial só vai ser consultado quando não houver nenhuma pessoa habilitada no cadastro nacional para adoção com o perfil daquela criança disponível, como sustenta Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.¹²³

Ademais, de acordo com a mesma autora, a alimentação desses cadastros será feita pela autoridade central estatutária, ou seja, o Poder Judiciário, e a responsabilidade vai ficar a cargo do Conselho Nacional de Justiça, conforme dispõe o art. 50, § 9º do ECA.¹²⁴

Segundo Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, depois da pessoa já estar habilitada ela será inscrita no cadastro nacional de adoção, o qual possui uma ordem, e ficará aguardando ser chamada para uma criança e/ou adolescente com aquele perfil escolhido no momento da habilitação. E será entregue também a essa pessoa o certificado que comprova que está habilitada para adotar.¹²⁵

Vale ressaltar que quando surgir a criança com o perfil que foi escolhido a pessoa será chamada por ordem de antiguidade para conhece-la e se houver a empatia entre eles, será iniciado o processo de adoção, porém se não houver será chamado a pessoa seguinte constante no cadastro nacional de adoção, como explica Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.¹²⁶

Com isso, observa-se que para adoção de crianças existem dois cadastros, uma das crianças disponíveis a adoção e outro de casais habilitados para adoção.

¹²¹ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 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. § 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 11 set 2017.

¹²² BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 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. § 6º Haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros mencionados no § 5º deste artigo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

¹²³ MACIEL, 2011, p. 226 e 227.

¹²⁴ Ibid., p. 277.

¹²⁵ MACIEL, loc. cit.

¹²⁶ MACIEL, loc. cit.

Contudo, além desses tem também o cadastro especial que é aquele que encontra pessoas habilitadas para adotar mais que não residem no Brasil, porém eles só serão consultados quando não tiver nenhuma pessoa dentro do cadastro nacional habilitada para adotar aquela criança.

Percebe-se ainda, que a alimentação desses cadastros será de responsabilidade do Poder Judiciário, e que, depois que a pessoa já está habilitada ela deverá ficar aguardando até que a chamem, por ordem de antiguidade, para adoção da criança com o perfil que foi escolhido.

Logo, quando surgir uma criança para ser adotada deverá ser chamado a pessoa que está previamente no cadastro nacional de adoção, e não qualquer pessoa que tenha o interesse em adotar aquela criança, pois é obrigatório respeitar o cadastro, segundo Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.¹²⁷

Por isso que quando alguém encontra uma criança abandonada deve leva-la para a Vara da Infância e da Juventude, onde lá será encaminhada para uma entidade de acolhimento, e posteriormente, inserida no cadastro para adoção, pois a pessoa que encontrou a criança não poderá adota-la, uma vez que a preferência será daquelas que já estão cadastradas, salvo se nenhuma delas quiserem, de acordo com Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.¹²⁸

Nota-se, portanto, que, esse cadastro é seguido de forma absoluta, inclusive quando a pessoa encontra uma criança abandonada, ela é preterida para pessoas já inscritas no cadastro nacional de adoção, e só se não existir pessoa habilitada que pode ser que a pessoa que encontrou possa adota-la.

5.3 REQUISITOS PARA ADOÇÃO

¹²⁷ MACIEL, 2011, p. 227.

¹²⁸ MACIEL, loc. cit.

De acordo com Paulo Lôbo, todas as pessoas civilmente capazes são legítimas para adotar, ou seja, ser maior de 18 anos, de qualquer estado civil. Acrescentando ainda que, não podem adotar os ascendentes, os descentes, e os irmãos do adotando, conforme o art. 42, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁹, salientando que na hipótese de irmãos confundiria a relação de parentesco tão próxima de irmão e filho ao mesmo tempo.¹³⁰

Ainda, de acordo com o art. 42, §3º, do ECA, “O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.”¹³¹

Ademais, Paulo Lôbo diz também que avô, não pode adotar, apenas ser detentor da guarda e tutor do neto, mas não tem impedimento os parentes colaterais até terceiro grau.¹³² Nesse ponto Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, diz que se trata de um impedimento total, e “essa proibição é uma forma de não alterar as relações de afeto existentes no seio familiar.”¹³³

Paulo Lôbo diz ainda que além da idade mínima que é estabelecida na lei para adoção é necessário comprovar em juízo que possuem uma estabilidade familiar, ou seja, “essa estabilidade não diz respeito apenas a união estável. A estabilidade é uma situação de fato, assegurado na convivência familiar autônoma dos que desejam adotar.”¹³⁴

Lôbo explica essa estabilidade da família, vejamos:

Não basta o casamento ou a prova de união estável; mister se faz que o casal pretendente a adoção demonstre ter um lar constituído e administrado razoavelmente, de modo que não constituía risco às elevadas responsabilidades decorrentes da filiação. Tal exigência não existe para a

¹²⁹ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 11 set. 2017.

¹³⁰ LÔBO, 2011, p. 277.

¹³¹ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 42, § 3º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 11 set. 2017.

¹³² LÔBO, op. cit., p. 277 e 278.

¹³³ MACIEL, 2010, p. 209.

¹³⁴ LÔBO, op. cit., p.278.

filiação biológica, que não resulta de ato de vontade e não pode ser controlável.¹³⁵

Além do mais, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel diz que como o direito não é exato, para verificar a estabilidade da família é necessária uma avaliação individualizada, que será feita com a equipe interprofissional com o objetivo de colher elementos que possam indicar a existência da exigência legal. E será realizada em dois momentos, o primeiro e no transcorrer do procedimento judicial de habilitação das pessoas interessadas em adotar e o segundo é durante o processo judicial de adoção.¹³⁶

Outro requisito disposto na lei, é sobre o consentimento dos pais ou dos representantes legais no momento da adoção, entretanto não há necessidade deste consentimento quando os pais são desconhecidos ou destituídos do poder familiar. E se o adotando for maior de 12 anos precisa ouvir se concorda com a adoção, conforme disposto no art. 45, §1 e §2º do ECA.¹³⁷

Com isso, nota-se que a lei permite que qualquer pessoa capaz, independente do estado civil pode adotar, bastando que comprove, que tem 18 anos e que seja pelo menos 16 anos mais velho o adotando e que tenha uma estabilidade na família, ou seja, que possui uma casa e que essa é administrada de uma forma que não vai colocar em risco a responsabilidade assumida pela adoção constituída. Percebe-se também que existe impedimento de avôs para adoção de netos e os ascendentes, desentendes e irmãos do adotando, só para não ocorrer a confusão em relação ao grau de parentesco.

¹³⁵ LÔBO, 2011, p.278.

¹³⁶ MACIEL. 2010. p. 351 e 352.

¹³⁷ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 11 set. 2017.

5.4 ESPÉCIES DE ADOÇÃO

Depois da análise feita sobre o cadastro nacional de adoção e quais os requisitos para adoção se faz necessário tratarmos das espécies de adoção.

Num primeiro momento é importante ressaltar ainda que quando se fala de espécies de adoção há divergência doutrinária de quais modalidades realmente existem, por isso que optei por tratar apenas sobre a adoção unilateral, póstuma, internacional, “à brasileira” ou afetiva e intuito personae.

5.4.1 Adoção Unilateral

De acordo com o entendimento da Maria Berenice Dias, a adoção unilateral é aquela em que casais de união anteriores que possuem filhos começam a conviver com um novo parceiro, nesse caso há a possibilidade do convivente, caso queira, adotar os filhos, formando assim um novo núcleo familiar.¹³⁸ Como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 41§ 1º.¹³⁹

Maria Berenice Dias salienta ainda que, o poder familiar será exercido por ambos e o parentesco será estabelecido com cada um dos genitores.¹⁴⁰

Além do mais, Maria Berenice acrescenta que “muitas vezes abandonado pelo pai, o filho passa a ter estreita vinculação com o companheiro ou marido da mãe.” Concluído assim que o mero abandono do pai caracteriza um motivo para ocorrer a

¹³⁸ DIAS, 2010, p. 482.

¹³⁹ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 11 set. 2017.

¹⁴⁰ DIAS, op. cit., 482.

destituição do poder familiar, podendo ser requerida a adoção do filho pelo novo cônjuge ou companheiro, inclusive na mesma ação.¹⁴¹

Ademais, para ocorrer essa adoção existem três possibilidades, como apresenta Maria Berenice Dias, a primeira é quando “o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro.” A segunda é aquela em que “reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar” e pôr fim a última é “em face do falecimento do pai biológico, pode ser o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.”¹⁴²

Dessa forma, percebe-se que o legislador permite que o companheiro ou novo cônjuge adote filhos de pessoas que vieram de um relacionamento anterior, caso haja interesse, pelo fato de criarem vínculos e fazerem parte de um novo núcleo familiar.

5.4.2 Adoção Póstuma

É aquela que, segundo Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel discorre, é concedida depois da morte do adotante, porém é necessário que o adotante tenha manifestado o desejo de adotar¹⁴³, como dispõe o art. 42, § 6º do ECA.¹⁴⁴

Sustenta ainda Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel que com essa previsão na lei basta que o adotante tenha manifestado o seu interesse em adotar aquela pessoa e entrado com o pedido para que tenha o julgamento do mérito, não

¹⁴¹ DIAS, 2010, p. 483.

¹⁴² DIAS, 2010, p. 483.

¹⁴³ MACIEL, 2010, p. 249.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

importante nesse caso a morte do adotante no decorrer do processo, mas a morte tem que acontecer durante, pois se acontecer antes de ter o pedido não é válido.¹⁴⁵

Entretanto, existem tribunais brasileiros que tem dado uma interpretação extensiva e benéfica ao adotante em relação a esse artigo de lei já citado acima, em que tem concedido a adoção mesmo que o adotante faleça antes de entrar com o processo de adoção, bastando apenas a demonstração inequívoca da vontade do morto em adotar, uma vez que levam em consideração que ele já tratava o adotante como filho, como cita Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel.¹⁴⁶

Desse modo nota-se que a lei permite que seja deferida a adoção para a pessoa não importando que o adotante tenha falecido no meio do processo, bastando apenas ter a manifestação de vontade inequívoca. E ainda, em relação a isso os Tribunais Brasileiros tem feito uma interpretação abrangente, em que é necessário apenas a manifestação inequívoca do falecido para ser deferida a adoção, não precisando que tenha no momento da morte ajuizado a ação de adoção.

5.4.3 Adoção “À Brasileira” ou Afetiva

Essa adoção segundo Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, “não pode ser classificada como uma modalidade do instituto de adoção”¹⁴⁷ justifica isso porque essa espécie de adoção é aquela em que a pessoa registra filha alheio em nome próprio.¹⁴⁸

No entendimento de Maria Berenice Dias, sustenta que essa adoção sendo:

¹⁴⁵ MACIEL, op. cit., p. 249.

¹⁴⁶ MACIEL, 2010, p. 249.

¹⁴⁷ Ibid, p. 255.

¹⁴⁸ MACIEL, loc. cit.

Prática disseminada no Brasil – daí o nome eleito pela jurisprudência – de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente. Ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP 242), não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir.¹⁴⁹

Já Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, sustenta que uma vez estabelecido esse vínculo de afeto, depois de uma pessoa ter registrado como seu um filho que não sabia ser, tem como notar uma relação jurídica paterna filial que decorre do vínculo socioafetivo, e por essa razão recomenda-se que nesse caso não extinguir esse vínculo, uma vez que pode comprometer a integridade física e psíquica do reconhecido.¹⁵⁰

Ademais, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel tenta explicar quais os motivos que levam as pessoas a utilizar dessa modalidade de adoção, vejamos:

Muitas pessoas assim procedem, por motivos os mais diversos, dos quais podemos enumerar: não desejarem que o fato seja exposto em um processo, achando que assim agindo a criança nunca saberá que foi adotado; receio que a criança lhes seja tomada ao proporem a ação, considerando a existência de cadastro que deve ser respeitado; medo de não lhes ser concedida a adoção.¹⁵¹

Diante do exposto, observa-se que essa espécie de adoção é considerada crime, prevista inclusive no Código Penal, no art. 242¹⁵², porém muitas vezes não se tem a condenação da pessoa que registra filho de outro em nome próprio, com o fundamento no vínculo afetivo formado. Ademais, os motivos que levam as pessoas

¹⁴⁹ DIAS, 2010, p. 489.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6ª ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2014, p. 949.

¹⁵¹ MACIEL, 2010, p. 255.

¹⁵² BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

a fazer esse tipo de adoção são os mais diversos como visto que por medo de que não consiga adotar a criança ou que estão protegendo a criança fazendo a adoção dessa forma ela nunca vai saber que foi adotada.

5.4.4 Adoção Internacional

Segundo Maria Berenice Dias, “trata-se de uma adoção admitida constitucionalmente (CF 277§5º), sendo delegado à lei o estabelecimento dos casos e das condições de sua efetivação por estrangeiro”, no entanto o ECA não regulamentava o instituto tendo apenas a menção de que o estágio de convivência deveria ocorrer em território nacional.¹⁵³

Mas, conforme sustenta a mesma autora citada, foi com a nova Lei de Adoção que trouxe a regulamentação dessa modalidade de adoção, de forma detalhada e bem burocrática nos arts. 51 a 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, exige tantas obrigações e detalhes que é bem difícil um estrangeiro conseguir adotar uma criança brasileira. Acrescentando também que até parece que a intenção do legislador foi exatamente a de impedir que esse tipo de adoção ocorra.¹⁵⁴

Isso posto, percebe-se que existe a possibilidade de ocorrer a adoção internacional, mas para tanto é necessário seguir diversas regras que a Lei impõe e por esse motivo que acaba deixando praticamente quase que impossível a adoção de estrangeiro por criança brasileira.

5.4.5 Adoção Intuito Personae

¹⁵³ DIAS. 2017.p. 521.

¹⁵⁴ DIAS. loc. cit.

Maria Berenice Dias descreve que essa modalidade de adoção é aquela em que a mãe da criança tem o desejo de entregá-lo para adoção e escolhe uma pessoa específica para tanto.¹⁵⁵

Por sua vez, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, sustenta que nessa espécie de adoção tem a intervenção dos pais biológicos que escolhem a família substituta, e essa escolha se dá antes de chegar ao Poder Judiciário.¹⁵⁶

Ademais, Rolf Madaleno, diz que nessa modalidade de adoção os pais biológicos escolhem a família adotante, considerando, normalmente, a proximidade entre eles, inclusive durante o período da gestação, ou ainda pelo fato de terem mantido vínculo de amizade e confiança com os adotantes que indicaram.¹⁵⁷

O mesmo autor citado acima, esclarece ainda que, existem pessoas que muitas vezes ficam com recém-nascidos sob a sua guarda de fato, em silêncio, que acabaram recebendo de gestantes, que não tem condições de cuidar, ou porque não querem o filho e deram à luz, para deixar então que com o passar do tempo essa criança que foi entregue crie um vínculo com a pessoa que tem a guarda de fato. E tudo isso acontece pelo fato de existir uma rígida obediência a lista de candidatos cadastrados para adoção, que é mantido pelo Poder Judiciário em cada Comarca ou Foro Regional.¹⁵⁸

Rolf Madaleno, acrescenta também que esse rigor de ter que seguir de forma absoluta a lei brasileira em relação a pessoas previamente cadastradas a adoção faz com que gestantes entreguem seus filhos para pessoas que conhecem e sabem que ele vai ter todo carinho, amor, cuidado, afeto, e melhor oportunidade que muitas vezes a genitora biológica não teve, não pode ou até mesmo não quis dar ao filho gestado.¹⁵⁹

Ademais, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, esclarece que “temos que deixar de encarar os pais que optarem por entregar seu filho a adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime”.¹⁶⁰ A mesma autora, argumenta também que muitos dizem que ao se permitir que os pais escolham uma pessoa e

¹⁵⁵ DIAS, 2010, p. 490.

¹⁵⁶ MACIEL, 2010, p. 251.

¹⁵⁷ MADALENO, 2017, p. 655.

¹⁵⁸ MADALENO, loc. cit.

¹⁵⁹ Ibid., p.656.

¹⁶⁰ MACIEL, 2010, p. 252.

entregam o filho a ela, vai estar legitimando a venda de criança, uma vez que os adotantes podem ter dado algum tipo de dinheiro ou qualquer outra forma de favorecimento, para os pais, ou a genitora, em troca do seu filho, violando dessa forma a dignidade da pessoa humana.¹⁶¹

Porém, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, sustenta que, não devemos achar que todos os casos em que se tem a entrega de uma criança, existe uma má-fé das partes, entretanto, é um preconceito que existe dos profissionais do direito.¹⁶²

Ainda, a mesma autora citada acima, diz que existe também outro argumento contra a adoção *intuitu personae*, em que alegam que não tem como se ter a certeza de que aquelas pessoas que estão adotando a criança possuem as condições necessárias para exercer o papel de mãe e pai.¹⁶³

Nesse mesmo sentido, sustenta o Procurador Júlio Alfredo de Almeida, no qual diz que a exigência que o Estatuto da Criança e do Adolescente trás de ter uma prévia habilitação para adoção, como sendo uma regra absoluta, em respeito a ordem do cadastro de pretendentes existente na Comarca, visa manter uma justiça, colocando todos os interessados em adotar em grau de igualdade, sem favorecer um em detrimento dos demais, servindo até de uma certa forma para preservar a imagem da Justiça da Vara da Infância e Juventude.¹⁶⁴

Dessa maneira, percebe-se que adoção *intuitu personae* é a modalidade de adoção em que os pais da criança escolhem as pessoas para entregar seu filho, porém essas pessoas são aquelas que não fazem parte do cadastro de pessoas habilitadas para adoção e que existem muitas críticas em relação a essa espécie de adoção, pois entendem que seria um afronta ao Cadastro Nacional de Adoção, os quais seriam preteridos em relação aqueles que se quer se submeteram a um processo e estão aguardando ansiosos a chegada da criança tão esperada.

¹⁶¹ MACIEL, 2010, p. 252.

¹⁶² MACIEL, loc. cit.

¹⁶³ MACIEL, loc. cit.

¹⁶⁴ Ministério Público Federal. **Da Impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988.** Disponível em < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html>> Acesso em 16 mar. 2018.

5.5 EXCEÇÕES AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

Após, observarmos como que funciona o cadastro nacional de adoção, quais os requisitos para se habilitar para adotar e ainda quais as espécies de adoção, trataremos agora sobre as 3 exceções que a Lei dispõe sobre o CNA.

Primeiramente, vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, contempla no art. 50, §13, que somente poderá ser deferida a adoção para candidatos domiciliados no Brasil e não cadastrados previamente nos termos da Lei quando for pedido de adoção unilateral, quando o pedido for formulado por parente que a criança e/ou adolescente tenha vínculos de afetividade e afinidade ou ainda quando decorrer de quem tem a guarda legal ou tutela de criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que o tempo de convivência demonstre que existe afinidade e afetividade, e não esteja presente a má-fé ou qualquer outra situação prevista no art. 237¹⁶⁵ ou 238¹⁶⁶ do ECA.¹⁶⁷

Desse modo, percebe-se que é possível a adoção previamente de pessoas não habilitadas mais que residem no Brasil, quando estiver presente algum dos três incisos, quais sejam: adoção unilateral, que como já foi explicada em capítulo anterior, é aquela em que companheiro (a) adota filhos que vieram de relacionamentos anteriores; ou quando o pedido for formulado por parente que a criança e/ou adolescente tenha vínculos de afetividade e afinidade ou quando decorrer de quem tem a guarda legal ou tutela de criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que exista afinidade ou afetividade.

Nesse mesmo sentido, o Promotor Júlio Alfredo de Almeida, sustenta que ao analisar o disposto no art. 50, § 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-

¹⁶⁵BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 50, §13. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 16 mar. 2018.

se que a lei deixa claro que uma vez presente uma relação de afinidade e afetividade entre o adotante e o adotado tem de ser analisado sob o orbita de quem a medida visa proteger, ou seja, a criança ou adolescente, por força do que dispõe o inciso III do referido artigo, em que refere-se apenas a tutela ou guarda legal da criança ou adolescente maior de 3 anos que dispensa a prévia habilitação.¹⁶⁸

O mesmo autor, esclarece ainda que, o legislador quis num primeiro momento privilegiar aquelas pessoas que possuem a tutela ou a guarda legal, em relação as guardas de fato, criando dessa maneira entraves para às adoções *intuitu personae*, que em regra envolve crianças recém-nascidas ou de tenra idade, em que pais dão a terceiros de forma irregular, e muitas vezes mediante paga ou promessa de recompensa.¹⁶⁹

Ainda, o Promotor Júlio Alfredo de Almeida, esclarece que o disposto no art. 50, §13, inciso III do ECA, ao dizer: “desde que não esteja presente a má-fé por parte das pessoas que pretendem adotar”, foi com o intuito de impedir que as pessoas que estão ou não previamente habilitadas tentem burlar a ordem de inscrição do cadastro que existe na Comarca.¹⁷⁰

Nota-se desse modo que, segundo o Promotor, a lei ao prever essas três exceções, quis impedir que as pessoas tanto habilitadas como as que não estão a burlar a lei, e ainda foi com o intuito de possibilitar aqueles que possuem a guarda ou tutela legal adote a criança e/ou adolescente.

Com isso, após essa análise, se faz necessário esclarecer o que se considera vínculo de afetividade.

¹⁶⁸Ministério Público Federal. **Da Impossibilidade jurídica da “adoção *intuitu personae*” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988.** Disponível em < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html> > Acesso em 16 mar. 2018.

¹⁶⁹Ministério Público Federal. **Da Impossibilidade jurídica da “adoção *intuitu personae*” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html> > Acesso em 16 mar. 2018.

¹⁷⁰Ministério Público Federal. **Da Impossibilidade jurídica da “adoção *intuitu personae*” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988.** Disponível em < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html> > Acesso em 16 mar. 2018.

De acordo com Ricardo Calderón, afetividade é “atividade exteriorizadora de afeto; conjuntos de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos meios usuais de prova).”¹⁷¹

O mesmo autor citado acima diz também que:

Afetividade seria a manifestação do afeto, seu reflexo no mundo dos fatos. O direito trabalha com fatos e os valora, daí a opção pela eleição da afetividade, que, na leitura jurídica, seria a expressão fática de um sentimento de afeto. A noção jurídica de afetividade, portanto, seria distinta da de afeto, que não possuiria conceituação pelo Direito.¹⁷²

Ademais, Ricardo Calderón esclarece que afetividade pode ser considerada um princípio e que esse princípio tem duas dimensões, sendo o primeiro deles a objetiva, que é aquela em que existem fatos sociais que indicam estar presente uma manifestação afetiva, e a segunda dimensão é a subjetiva, que é o sentimento propriamente dito. Porém, como sustenta Ricardo Calderón como a dimensão subjetiva foge do direito, há de ser considerada sempre presumida, logo, quando estiver presente a dimensão objetiva do princípio da afetividade, presume-a presente também a dimensão subjetiva.¹⁷³

Desse modo observa-se que afetividade, é considerada um princípio, sendo ela uma manifestação de um sentimento existente e que para prová-la é possível utilizar todos os meios de provas existente.

¹⁷¹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 150.

¹⁷² CALDERÓN, 2017, p. 143.

¹⁷³ Ibid., p. 151.

6 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE ADOÇÃO INTUITO PERSONAE FRENTE A LEI DE ADOÇÃO.

Depois de tratarmos sobre o que constitui a adoção intuito personae, e qual a regra para adoção de uma criança no Brasil, qual seja: estar previamente habilitado e cadastrado junto ao Cadastro Nacional de Adoção; e como toda regra possui exceção, essa não poderia ser diferente, tendo três exceções, que estão dispostas no art. 50, § 13 do ECA, conforme foi explícito no item anterior. Por isso, se faz necessário analisar qual o entendimento dos Tribunais Superiores sobre a adoção intuito personae, e se ela está implicitamente dentro do rol das exceções ou não é possível aplicá-la de acordo com a lei e princípios.

Analisando a decisão do Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, do STJ, publicado no dia 27 de junho de 2017, nota-se que foi deferida a adoção intuito personae no caso, vejamos:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA. CASAL FORA DA LISTA DE HABILITADOS PARA ADOÇÃO E QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES ELENCADAS NO ART. 50, §13, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE AFETIVIDADE CONSOLIDADO. APLICABILIDADE DA RECOMENDAÇÃO DE Nº 08/2012 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE INCONSISTÊNCIAS NAS NARRATIVAS APRESENTADAS PELOS PRETENDENTES SOBRE A ORIGEM DA CRIANÇA E CIRCUNSTÂNCIAS DO ABANDONO. MEDIDA PROTETIVA NECESSÁRIA PARA IMPEDIR A CONSOLIDAÇÃO DO LIAME AFETIVO.

I - O art. 50, §13, do Estatuto da Criança e do Adolescente é bastante claro ao determinar que o deferimento do pleito de adoção somente poderá ocorrer para indivíduos não cadastrados previamente na lista referida no caput do mesmo artigo nas seguintes hipóteses: 'I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos afinidade e afetividade; III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei'. II - O imperativo legal de obediência à ordem cronológica de inscrição na lista de pessoas ou casais habilitados à adoção não é absoluto, pois comporta, como já visto, as possibilidades descritas no § 13 e cede perante o princípio do melhor interesse do menor. O desvio da regra geral, contudo, somente pode ocorrer de forma excepcional, quando justificado pelo interesse maior de tutelar os direitos do menor e evitar o rompimento de um vínculo de

afetividade consolidado. A tenra idade do infante pouco mais de 03 (três) meses e o exíguo período de convivência com os agravantes 3 (três) meses e 9 (nove) dias denotam a não formação de um vínculo afetivo consolidado para a criança. III - Entender de forma diversa, ou seja, que o curtíssimo tempo de coabitação e a parca idade do menor seriam suficientes para afastar a aplicação da regra que determina obediência à lista de casais previamente habilitados à adoção, seria negar vigência a disposição expressa de lei. IV - Cumpre destacar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação de nº 08/2012, com a seguinte orientação aos magistrados: 'Recomendar aos juízes com jurisdição na infância e juventude que ao conceder a guarda provisória, em se tratando de criança com idade menor ou igual a 3 anos, seja ela concedida somente a pessoas ou casais previamente habilitados nos cadastros a que se refere o art. 50 do ECA, em consulta a ser feita pela ordem cronológica da data de habilitação na seguinte ordem: primeiro os da comarca; esgotados eles, os do Estado e, não havendo, os do Cadastro Nacional de Adoção'. V - Tendo em vista os obstáculos para o deferimento do pleito de adoção, bem como as dúvidas sobre a origem do menor, bem como das circunstâncias de seu abandono, o deferimento da guarda provisória revela-se não recomendável para que não seja permitida a consolidação de um vínculo de afetividade, no decurso do tempo necessário para a instrução e julgamento do feito, e, posteriormente, concluir-se pela impossibilidade da concessão da adoção. Necessária, assim, a medida protetiva de acolhimento institucional determinada pelo Juízo da Infância e Juventude desta Capital. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO".¹⁷⁴

Verifica-se que no presente caso o aplicador do direito, ponderou os interesses existentes, quais sejam: a do casal estar previamente habilitado no Cadastro Nacional de Adoção e não se enquadrar nas exceções do art. 50, §13 do ECA, e a permanência do infante junto da família afetiva. E analisando o princípio do melhor interesse da criança, a decisão concluiu que solução mais adequada ao caso seria que o infante ficasse na companhia dos requerentes do que transferir a guarda da criança primeiro para um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral e terceiro ao processo, tão somente em nome da segurança jurídica e de um formalismo exacerbado, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado, nem ao interesse do infante.

Observa-se também o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o cadastro nacional de adoção, não é absoluto, sendo possível em casos excepcionais, observando o princípio do melhor interesse da criança e na hipótese de existir um

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 404.545 CE 2017/0146674-8. Impetrante: Adriano da Silva Sales e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. **Lex** – Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=HC+404545&&b=DTXT&thesaurus=JURIDIC>> Acesso em: 08 mar. 2018.

vínculo afetivo entre o infante e o pretendente a adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado.¹⁷⁵

O Superior Tribunal de Justiça, cita ainda que, em que pese a Magistrada de 1º grau tenha argumentando que é necessário a observância ao Cadastro de Adoção, e como no caso os adotantes não estavam habilitados e não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção prevista no art. 50, §13 do ECA, determinou a busca e apreensão da criança. Contudo, o STJ entende de outra forma, no qual afirmou que muito embora existam as hipóteses de exceção, elas não são taxativas e nem podem ser, haja vista que o que prevalece em matéria infanto-juvenil é o superior e melhor interesse da criança e do adolescente e não o superior interesse do cadastro. Esclarece também, que essas hipóteses estão condicionadas a uma comprovação de que essa é a melhor solução no interesse do adotando, conforme dispõe o art. 197–E, § 1º do ECA, e precisa ainda, comprovar no curso do processo que preenchem os requisitos para a adoção, conforme prevê o art. 50, § 14 do ECA.¹⁷⁶

Em outro julgado do STJ, de 1º de agosto de 2017, decidiram por reconhecer e prover o recurso, permitindo mais uma vez a adoção *intuitu personae*, vejamos:

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE CADASTRO PRÉVIO EM LISTA DE ADOÇÃO. CAUTELA VENCÍVEL. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO MESMO SEM A ESPECIALIZAÇÃO DO CADASTRAMENTO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PRESENTE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹⁷⁷

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 404.545 CE 2017/0146674-8. Impetrante: Adriano da Silva Sales e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. **Lex** – Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?processo=HC+404545&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 mar. 2018.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 404.545 CE 2017/0146674-8. Impetrante: Adriano da Silva Sales e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. **Lex** – Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?processo=HC+404545&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 mar. 2018.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 853.694 - RN 2016/0019856-0. Agravante: Ministério Público do Rio Grande do Norte. Agravado: E. M. A. DO N. P. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 01 de agosto de 2017. **Lex** – Jurisprudência do STJ. Disponível em: <

Nota-se no julgado que utilizaram como argumentação, mais uma vez que por mais que a criança seja de tenra idade é possível a formação de vínculos de afetividade e ainda que a falta de inscrição no Cadastro Nacional de Adoção não pode ser um ponto decisivo para se definir o destino familiar e afetivo do adotando, como já foi decidido em outros julgados os quais entendem que não é absoluta a inscrição em cadastro de adotantes como requisitos para o procedimento de adoção, observando sempre o melhor interesse da criança.¹⁷⁸

Dessa forma, perceber-se que o Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que estar previamente no Cadastro a Adoção não é um requisito absoluto para pleitear a adoção e que as exceções que estão previstas no art. 50, §13 do ECA, são taxativas, podendo em nome do superior e melhor interesse da criança interpretar de forma diversa, já que não existe um superior interesse do cadastro.

Ademais, como em ambos os casos, houveram a adoção intuito personae, em que no 1º julgado a genitora não tinha condições de cuidar da criança, e escolheu uma família que conhecia para deixar o filho na porta da residência; no 2º julgado a genitora, também procurou o casal, logo após o bebê nascer, que auxiliaram imediatamente com procedimentos médicos, com afetividade e materialmente, mesmo eles não estando previamente habilitados no cadastro, e com base no melhor interesse da criança, e no vínculo de afetivo formado entre eles e os infantes foi deferida a adoção.

Desse modo, nota-se também que há a ponderação do que a lei diz, ou seja, estar previamente habilitado, versus a criança estar com as pessoas que não estão previamente habilitadas, mas que já criaram um vínculo de afetividade com o infante, a luz do princípio do superior e melhor interesse da criança e adolescente.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=2016%2F00198560+ou+201600198560&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 mar. 2018.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 853.694 - RN 2016/0019856-0. Agravante: Ministério Público do Rio Grande do Norte. Agravado: E. M. A. DO N. P. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 01 de agosto de 2017. **Lex** – Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=2016%2F00198560+ou+201600198560&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08 mar. 2018.

7 CONCLUSÃO

No desenvolvimento da monografia o presente estudo apreciou, os mais relevantes aspectos da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, a evolução histórica da adoção, os princípios que regem o direito da criança e do adolescente (dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e do adolescente e prioridade absoluta), como que ocorre a suspensão, extinção e perda do poder familiar, qual a natureza jurídica da adoção, quais os requisitos para entrar com processo de habilitação para adoção, quais as modalidades de adoção que existem no ordenamento jurídico, e as exceções que a lei dispõe sobre o cadastro nacional de adoção, em busca de uma solução para a problemática apresentada, observando os objetivos gerais e específicos.

Em relação a evolução histórica da adoção, percebe-se que a criança passa de um mero objeto como era visto até o Código Civil de 1916, em que o objetivo da adoção era dar filhos para aqueles que não podiam ter para perpetuar a família, para sujeitos de direitos, dignos e com igualdade entre os filhos biológicos e adotados, tendo em vista a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que a finalidade da adoção torna-se o de dar uma família para aquelas crianças e adolescentes que não a possuem.

Após a análise, foi possível perceber também que a adoção é uma modalidade de colocação em família substituta, excepcional, em que depois de esgotados todas as possibilidades da criança ficar com a família biológica e com a família extensa é que vão procurar pessoas que estão devidamente habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção, de acordo com o perfil da criança, para começar um estágio de convivência e posteriormente a adoção.

Entretanto, como observado, é o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Adoção nº 12.010/09 que regula quais os procedimentos necessários para poder adotar uma criança ou adolescente no Brasil, tendo em vista que primeiramente precisa estar previamente habilitado e devidamente cadastrado junto ao Cadastro Nacional de Adoção para adotar, porém nas exceções que o art. 50, § 13 do ECA não faz menção alguma sobre a possibilidade da adoção *intuitu personae*, sendo

necessário portanto recorrer aos julgados para saber como se tem entendido as instâncias superiores sobre essa modalidade de adoção frente a lei que não diz nada.

Ocorre que, como já exposto, essa modalidade de adoção, qual seja, intuito personae, recebe diversas críticas, sendo algumas dela que o CNA é uma regra absoluta, pois a partir do momento em que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que para adotar deve estar previamente habilitado e que tem que seguir a ordem do Cadastro de cada Comarca, o legislador visa colocar todos os interessados em graus de igualdade, sem favorecer um em detrimento de outros. Ademais, acrescentam ainda que, ao permitir que os pais escolham a pessoa para entregar seu filho, esses estariam legitimando a venda da criança, já que o adotante poderá dar algum tipo de dinheiro ou qualquer outra forma de favorecimento para os pais, em troca de seu filho, contribuindo assim para a violação da dignidade da pessoa humana. Dizem também que como pode ter a certeza de que essas pessoas que estão adotando possuem as condições necessárias para serem pais e mães.

Contudo, depois de verificar os julgados do Superior Tribunal de Justiça nota-se que o entendimento já firmado por esse órgão é de que é possível aplicar a adoção intuito personae de acordo com a Lei de Adoção, tendo em vista que ao analisar o caso concreto, deve se levar em conta o vínculo afetivo existente e o superior e melhor interesse da criança e do adolescente e não o superior interesse do cadastro de adoção, uma vez que esse não é absoluto, porém estão condicionados a uma comprovação de que essa é a melhor solução no interesse do adotando, conforme dispõe o art. 197-E, § 1º do ECA, e precisa também que no curso do processo mostrem que preenchem os requisitos para a adoção, conforme prevê o art. 50, § 14 do ECA.

Ademais, dizem ainda que as exceções existentes no art. 50, § 13 do ECA é um rol taxativo, mas que excepcionalmente com base no princípio do melhor interesse do infante, é possível deferir a adoção.

Dessa forma, conclui-se, portanto que sim, é possível aplicar a adoção intuito personae frente a Lei de Adoção, uma vez que por mais que exista um Cadastro Nacional de Adoção, ele não é absoluto, e tem que haver uma ponderação, quando no caso concreto, existir uma criança ou adolescente que já criou vínculo afetivo com as pessoas que estão morando versus a pessoa que está habilitada e não possui

vínculo algum, levando em conta o princípio do melhor interesse da criança, já que não seria viável tirar o infante da pessoa com quem já possui vínculo para colocar com outra que não conhece e não possui vínculo algum mais que esta previamente habilitada apenas em nome da segurança jurídica, haja vista que os prejuízos existentes aquela criança ou adolescente, seriam muito maiores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil

BRASIL. Código Civil de 1916.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Decreto Lei nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 853.694 - RN 2016/0019856-0. Agravante: Ministério Público do Rio Grande do Norte. Agravado: E. M. A. DO N. P. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 01 de agosto de 2017.

Lex – Jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 404.545 CE 2017/0146674-8. Impetrante: Adriano da Silva Sales e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. **Lex** – Jurisprudência do STJ.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos de Afeto**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6ª ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. 70 ed. Lisboa: 1986.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente: Direitos Fundamentais Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional**. 22 ed. Curitiba: Juruá. 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Carlos Dabus, MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Saraiva. 2015.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). **O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Da Impossibilidade jurídica da “adoção intuito personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988**.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Forense. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 9ª ed. Forense 2014.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo Paulo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17ª ed. São Paulo. Atlas. 2017.