

Artigo
**ADOÇÃO INTUITU PERSONAE: A RELATIVIZAÇÃO DO CADASTRO DE ADOTANTES
COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Thais Ritieri [1]

RESUMO

O artigo 227 da Constituição Federal prevê, entre outros direitos, que é dever da família,

da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a convivência familiar e comunitária. Apesar da expressa previsão constitucional, é sabido que o número de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento é assustador, reproduzindo um número lastimável de pessoas, ainda em desenvolvimento, sem uma família. O presente trabalho tem como objetivo analisar se adoção intuitu personae, a qual não tem previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, é meio legítimo para garantir o Direito à Convivência Familiar e Comunitária às crianças e adolescentes residentes em instituições de acolhimentos que não atendem o perfil escolhido pela maioria dos adotantes.

PALAVRAS- CHAVE: Criança, Adolescente, Adoção intuitu personae.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que adotou a Doutrina da Proteção Integral, as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos e deveres, passando a gozar de direitos humanos, reconhecidos como fundamentais em nossa Constituição.

O artigo 227[2] da Constituição Federal prevê que 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.

Apesar da expressa previsão constitucional, é sabido que o número de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento é assustador, reproduzindo um número lastimável de pessoas, ainda em desenvolvimento, sem uma família.

Unindo esse cenário atual às pessoas que por algum motivo querem ter um filho, seja pela impossibilidade de engravidar, seja por achar que estão exercendo alguma função social, entre outros, acha-se a adoção como saída para dar efetividade ao princípio da proteção integral.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê que para uma pessoa adotar uma criança ou um adolescente é necessário passar por um procedimento específico de habilitação e não, simplesmente, escolher uma criança e registrá-la como se filho fosse.

O presente artigo tem por objetivo analisar a viabilidade da adoção dirigida ou intuitu personae. Essa modalidade de adoção consiste na entrega consentida dos pais biológicos, geralmente a mãe, às famílias por eles determinadas, sem a prévia habilitação no Cadastro Nacional, ou seja, sem a intervenção do Estado.

Apesar da obrigatoriedade à habilitação ao Cadastro Nacional de Adoção, pretende-se analisar, a partir do grande número de abrigados nas Instituições de Acolhimento no Brasil, se a legalidade dessa modalidade de adoção, que não respeita o Cadastro Nacional de Adoção, procedimento obrigatório previsto no ECA e na Lei 12.010/09, pode ser uma alternativa viável para a efetivação de um direito Constitucional à convivência familiar, bem como se a legitimidade dessa modalidade de adoção visa a diminuição das crianças e adolescentes institucionalizadas, mantendo-a no núcleo familiar que sempre esteve, ao invés de ser recolhida para uma Instituição e aguardar que uma família previamente habilitada aceite seu perfil.

O estudo do tema passará pela análise da possibilidade daqueles que detêm o Poder Familiar de direcionar a entrega de seu filho para determinada família e de que forma essa entrega é legítima sob os aspectos jurídicos, observando o direito constitucional da criança e do adolescente ao convívio familiar e comunitário sob o enfoque da Doutrina da Proteção Integral.

Para que se conclua que atende ao princípio do melhor interesse da criança sua manutenção na família adotiva escolhida pelos pais biológicos, será analisado o procedimento dos pretendentes a pais no que tange à escolha do perfil do filho desejado, uma vez que o destino dessas crianças que foram adotadas de forma irregular poderá ser o recolhimento pelo Estado para as instituições de acolhimento e lá permanecerem até serem escolhidas ou até completarem a maioridade.

O tema escolhido tem extrema relevância para a sociedade brasileira, observado o número de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento à espera de uma família, bem como o número de crianças e adolescentes em situação irregular, tendo em vista a adoção em sua modalidade direta/dirigida carente de proteção legal, salvo as exceções previstas no ECA, além dos variados entendimentos da jurisprudência e doutrina.

1 O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Constituição Federal garante aos cidadãos certos direitos definidos como fundamentais. Especificamente em relação às crianças e adolescentes, os direitos fundamentais encontram proteção no artigo 227 da Constituição Federal[3] que prevê, dentre outros, o direito à convivência familiar e comunitária tida como fundamental.

Para fins de conceituação, direitos fundamentais, no entender de J.J Gomes Canotilho, “são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente [...] direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” [4]

Assim, são direitos inatos ao ser humano, mas que variam ao longo da história. Os direitos fundamentais estão previstos, ainda, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, por 48 Estados.

O motivo de a Constituição Federal ter colocado o direito à convivência familiar como um direito fundamental da criança e do adolescente se dá pelo fato de a Família ser o instrumento adequado a possibilitar que a criança e o adolescente desenvolvam suas individualidades de forma plena e com a garantia da observância de todos os direitos fundamentais previstos, principalmente, na Constituição Federal e no ECA.

Oportuno mencionar que na atual interpretação do Direito Civil-Constitucional, família não é mais aquela formada somente por meio do matrimônio, o que também tem seu valor, mas desde que cumpidas as funções intrínsecas à família, tais como o cuidado, o respeito e a educação das crianças, a solidariedade e a mútua assistência entre seus membros.[5]

Assim, modernamente, família não é somente uma instituição decorrente do matrimônio, tampouco se limita a uma função meramente econômica, religiosa ou política.

Apesar do moderno entendimento acerca da função da família para com seus membros, em especial para as crianças e adolescentes, ter força com o advento da Constituição Brasileira de 1988; aconteciam, no âmbito internacional, movimentos que visaram proteger ainda mais as crianças e adolescentes de modo a lhes garantir direitos no seio de sua família.

A título de exemplo, em 20 de novembro de 1959 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral da ONU.

Dentre os dez princípios previstos nessa Declaração, importante chamar atenção para o artigo sexto que prevê o direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de

subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas. [6]

Em 22 de novembro de 1969, foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, estabelecendo em seu artigo 19 que todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família, como da sociedade e do Estado. [7]

Em 14 de dezembro de 1990, as Diretrizes de Riad realizadas no Oitavo Congresso nas Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, prevê expressamente na diretriz de número 13 que:

Quando não existir um ambiente familiar estável e firme e quando os esforços da comunidade para oferecer assistência aos pais, nesse aspecto, tiverem fracassado e a família numerosa já não puder cumprir essa função, deverá recorrer-se a outras possíveis modalidades de situação familiar, entre elas o acolhimento familiar e a adoção que, na medida do possível, deverão reproduzir um ambiente familiar estável e firme e, ao mesmo tempo, produzir nas crianças um sentimento de permanência, para evitar os problemas relacionados com o "deslocamento" de um lugar a outro[8]

O direito à convivência familiar que a Constituição Federal elencou como fundamental foi para que a criança, pessoa ainda em desenvolvimento, tenha garantido que sua família irá proporcionar o desenvolvimento de sua personalidade e a promoção de sua dignidade.

Nessa linha de pensar, apesar de todas as garantias previstas na legislação e a busca pela manutenção da criança e do adolescente no seio de sua família originária, na falta dos pais ou quando eles não puderem garantir o direito à convivência familiar, deve-se buscar a família extensa, que precisa ser pautada pela afinidade e pelo afeto da criança com essas novas pessoas com as quais irá conviver e, ainda, na impossibilidade dessa convivência, deve-se buscar famílias que não têm nenhum vínculo biológico, ou seja, as famílias substitutas.

Busca-se, no presente trabalho, fazer uma abordagem da família substituta somente na modalidade da adoção, uma vez que entendendo ser o direito à convivência familiar um direito fundamental à criança e ao adolescente e entendendo que no Brasil há 47 mil[9] crianças e adolescentes vivendo em instituições de acolhimento, esse direito não está sendo garantido.

1.2 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Para se chegar a uma definição do conceito de família, deve-se analisar a evolução desse instituto no ordenamento jurídico pré e pós Constituição de 1988, bem como o Código Civil de 1916.

A família no antigo Código Civil era baseada em três pilares: a família hierárquica, a unicidade de modelos familiares e a indissolubilidade do casamento.

A família hierárquica era baseada na figura paterna (masculina) e esse era um poder muito forte no seio da família em que a mulher e os filhos obedeciam ao homem. O poder patriarcal se estampava em dois pilares: a desigualdade entre homens e mulheres e a desigualdade entre os filhos de acordo com sua origem.

O Código Civil de 1916 colocou a mulher em um patamar de relativamente incapaz- a mulher saía da manus do pai para a manus do marido, ou seja, a mulher era relativamente incapaz e assistida por seu pai ou seu marido. Isso porque o Código Civil enxergou a mulher como sendo, em regra, analfabeta e do lar, e por isso não tinha o traquejo da vida civil e comercial. Dessa forma, o ordenamento a protegia transformando-a em relativamente incapaz.

Essa situação da mulher perdurou até 1962 quando pelo Estatuto da Mulher Casada a mulher foi alçada à qualidade de capaz, que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva de bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. [10]

A desigualdade entre os filhos também foi uma característica nesse modelo familiar, ou seja, os filhos nascidos do casamento eram chamados de filhos legítimos e os havidos fora do casamento eram chamados de ilegítimos. Nesse contexto, as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento[11].

A unicidade de modelos familiares, como dito acima como sendo um grande pilar da família prevista no CC de 1916, era aquela somente advinda do casamento. A família dispunha de um perfil hierarquizado e patriarcal devendo ser chancelada pelo que se convencionou chamar de matrimônio.

O que se percebia é que o conceito de família era muito limitado e em nada tinha correspondência aos princípios norteadores do Direito Das Famílias que hoje define o ordenamento jurídico.

Uma vez constituída a Família, com a vinda do matrimônio, dificilmente essa se dissolveria. O medo de se aprovar a indissolubilidade do casamento adveio do Direito Canônico.

Sob a égide de uma sociedade fortemente conservadora e influenciada pela igreja, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolia. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum. [12]

No entanto, durante todo esse período, o modelo de família imposto pelo legislador não constituiu um reflexo fidedigno da realidade, pois a pluralidade de arranjos familiares sempre existiu, apenas não recebia a proteção do Estado.

A evolução pela qual passava a família acabou forçando inúmeras transformações no ordenamento jurídico pátrio, a mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada.

A instituição do divórcio (EC 9/77 e Lei 6.515/77) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental consagrou a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu papel de lei fundamental de direito de família [13]

Diante das inúmeras transformações na sociedade no âmbito da família, três novos paradigmas foram vislumbrados, principalmente com o advento da Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002: A família, que antes era hierárquica, hoje é democrática; O modelo que era de unicidade familiar passou a ser de pluralidade familiar e a possibilidade da dissolubilidade do casamento.

A Constituição de 1988 reescreveu o Direito de Família no Brasil.

Os modelos familiares expressamente previstos na Constituição de 1988 são: (I) família matrimonializada, que decorre do casamento entre homem e mulher (artigo 226, parágrafos 1º, 2º e 5º); (II) família informal, decorrente da união estável entre homem e mulher (artigo 226, parágrafo 3º) e (III) família monoparental, constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores e sua prole (artigo 226, parágrafo 4º). [14]

Certo é que apesar do avanço significativo que a Constituição deu à sociedade ao prever as novas formas de família, não só as advindas do casamento, limitar suas hipóteses seria petrificar as novas modalidades de família que vêm se compondo.

Falar em Família é falar de afeto e conseqüentemente é vislumbrar suas múltiplas formas e denominações e não aquelas previstas em lei.

Apesar de não haver expressa previsão legal para as mais diversificadas formas de família, os julgadores devem acolher os diferentes tipos de convívios que existem, há muito, na prática.[15]

CADASTRO NACIONAL DA ADOÇÃO X ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Nos dizeres de Maria Berenice Dias[16] existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista das pessoas cadastradas à adoção, não sendo admitida, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas.

E segue dispondo que é tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender às situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atender à listagem.

Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição porque jamais havia pensado em adotar, até o dia em que o filho chegou ao seu colo.

As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar recém-nascido que, por exemplo, foi encontrado no lixo ou quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição.

Quando se trata de adoção *intuitu personae*, há que se fazer um alerta, pois essa modalidade pode aparecer de duas formas diferentes: na hipótese clássica, os genitores entregam o filho para um terceiro, pois desejam que estes assumam a responsabilidade sobre a criança na condição de (novos) pais; já na segunda hipótese, certa pessoa ou casal deseja adotar criança específica, pois mantém com ela laços de afetividade.

O receio que o legislador brasileiro e a sociedade têm é que muitas vezes a adoção direta está permeada por fraude, já que a entrega da criança se faz mediante o pagamento de determinada quantia, mas não se pode afastar a proteção legal dos casos em que a adoção foi construída sob os pilares da relação de afeto entre os envolvidos.

Para coibir essa prática, a Lei n. 12.010/2009 reforçou a necessidade da habilitação prévia do pleiteante à adoção, com seu registro em um Cadastro de Adotantes, sendo que somente em casos excepcionais o respeito a esse cadastramento poderá ser afastado.

O artigo 50, § 13, do ECA[17] traz as hipóteses em que a adoção poderá ser deferida independente de prévio cadastro de candidato domiciliado no Brasil quando se tratar de pedido de adoção unilateral, quando o pedido for formulado por parente com o qual a criança possua vínculos de afinidade e afetividade ou quando o pleiteante possuir a guarda jurídica de criança maior de três anos de idade, desde que não haja má-fé e que o tempo de convivência seja suficiente para caracterizar a afetividade.

As situações sociais e os acontecimentos fáticos que ocorrem, infelizmente, em um país como o Brasil, que não proporciona informações suficientes para que as pessoa façam um planejamento familiar, acabam gerando situações em que crianças desamparadas são acolhidas por terceiros[18].

Apesar de a legislação brasileira não permitir a adoção direta, mas somente em casos excepcionais, existirão situações fáticas que não estarão abarcadas pelas exceções previstas em lei, mas que precisam ser reconhecidas e regulamentadas, visando o melhor interesse da criança.

Cumprir reiterar que o ato de retirar uma criança do seio de uma família que dela cuida, para inseri-la em uma entidade de acolhimento institucional, jamais poderá representar o atendimento a seu melhor interesse, sendo este o entendimento do STJ no HC nº 404.545,

de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, publicada em 29 de agosto de 2017[19].

Afastar uma criança de seu lar, onde está adaptada e acolhida como membro, unicamente em razão de privilegiar o Cadastro de Adotantes e sob a argumentação de se evitarem fraudes, é um atentado ao melhor interesse da criança, podendo gerar danos psicológicos irreversíveis, como o trauma de ser afastada de seu lar e ser colocada em uma instituição de acolhimento ou mesmo alocada em outra família, como se não tivesse sentimentos ou apego com quem convive.

Isso não significa dizer que os futuros pais não possam passar por estudos sociais e psicológicos, pelo contrário. Evidente que mesmo fora do Cadastro Nacional, os pais adotivos devem passar pelo crivo do Estado e do Poder Judiciário, representado por seus auxiliares, na figura dos psicólogos e assistentes sociais para que fique atestada sua capacidade.

Não há dúvidas de que o Cadastro de Adotantes garante, na maioria das situações, a legalidade, a lisura e a imparcialidade do processo de adoção; porém, não é absoluto e, como se verá, de acordo com o entendimento jurisprudencial, pode ser mitigado em razão de motivo relevante, devidamente justificado e comprovado — como, por exemplo, em havendo laços de afinidade e afetividade entre o adotando e os adotantes. Isso porque a listagem não pode ser mais importante que a adoção em si.

É muito comum as pessoas confundirem a adoção *intuitu personae* com a adoção brasileira e por este motivo acabam criando um preconceito que não existe em relação à adoção direta.

Apesar de a adoção brasileira não ser o tema em análise, não se pode deixar de concluir que ela representa uma violação ao Cadastro de Adotantes, pois aquelas crianças que possivelmente seriam adotadas por casais habilitados são registradas de forma irregular como sendo filhos de terceiros.

Ao contrário do que se objetiva com a manutenção de um cadastro, sua restrita observância pode incentivar situações de irregularidade, já que as pessoas se manterão longe do Poder Judiciário, temendo sofrer separações em relação àqueles que já têm como membros de sua família.

Sob esse ponto de vista, a adoção *intuitu personae* é benéfica, pois atenua esse tipo de prática, permitindo a participação judicial na entrega da criança, inclusive com a realização de todas as avaliações técnicas que permitem saber se o pleiteante tem reais condições de ter a criança como filho[20]

A Lei federal nº 12.010/2009, que dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, introduziu no ECA a necessidade de habilitação de pretendentes à adoção, reafirmando a obrigatoriedade do Cadastro de Adotantes, conforme se observa no artigo 50 e seus parágrafos.

Determina o ECA que cada comarca ou foro regional mantenha um duplo registro: um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de candidatos à adoção. A inscrição nos cadastros deve ocorrer em 48 horas (ECA, 50, parágrafo 8º), sendo que sua alimentação e a convocação dos candidatos são fiscalizados pelo Ministério Público, de acordo com o parágrafo 12 do artigo 50 do ECA.

O Cadastro de Adotantes e também o Cadastro de Adotandos são uma prática necessária e obrigatória aos juízos de adotantes, já que, segundo o artigo 50 do ECA, 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[21].

Segundo a definição do Conselho Nacional de Justiça, o Cadastro Nacional de Adoção - CNA é uma plataforma digital hospedada e gerida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, subordinada ao Ministro Corregedor. Foi lançada em 2008, para auxiliar os magistrados e equipes técnicas lotadas nas varas da infância na busca de adotantes para as crianças disponibilizadas à adoção. No momento, a inserção de crianças e adolescentes no CNA se dá após o trânsito em julgado da sentença de destituição do poder familiar, ou automaticamente nos casos de crianças e adolescentes órfãos, ou de quem não se saibam os genitores[22]

De acordo com o texto consolidado do ECA, o Cadastro de Adotantes e também o Cadastro de Adotandos são uma prática necessária e obrigatória aos juízos de adotantes, já que, segundo o artigo 50 do ECA, cada comarca ou foro regional manterá um registro atualizado de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, bem como outro de pessoas interessadas na adoção.

De acordo com o artigo 50, parágrafo 5º do ECA, além das listagens locais, existem os cadastros estaduais e um cadastro nacional, assim, há possibilidade de uma criança de um Estado ser adotada por alguém de outro extremo do país. Segundo a Resolução 190/14 do CNJ, que também regulamentou a inclusão dos pretendentes estrangeiros e de brasileiros residentes do exterior

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) é um banco de dados único e nacional, controlado pelo CNJ, que traz informações sobre as crianças e adolescentes aptos a serem adotados e sobre os pretendentes à adoção.

O Cadastro Nacional de Adoção só pode ser acessado por usuários autorizados, por se tratar de um sistema sigiloso. Assim, são usuários do CNA: Juízes de Direito das varas da Infância e da Juventude, Promotores de Justiça com atribuição para a infância e juventude, Comissões estaduais judiciárias de adoção e comissões estaduais judiciárias de adoção internacional, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e auxiliares do juiz: serventuários e técnicos da Justiça da infância e da juventude[23]

O procedimento de adoção, previsto nos artigos 197-A a 197-E do ECA, começa com a habilitação do adotante, que é conseguida junto aos Juízos de Infância, com jurisdição no local do domicílio do pleiteante. A habilitação é uma preparação para a adoção, que visa a uma pré-avaliação dos requisitos objetivos e subjetivos dos adotantes.

No momento da habilitação, o pretendente à adoção preencherá uma série de questionários com seus dados pessoais, sua formação, sua capacidade econômica, seus dados familiares e sua motivação para a adoção.

Nesse momento, sem enfrentar a constitucionalidade da proposta do questionário, os pretendes a adoção também podem escolher o perfil da criança almejada, ou seja, de seu filho (a). Indicando o número de crianças ou adolescentes, o sexo, a idade e a raça; se aceita crianças ou adolescentes de outros estados, com doenças tratáveis e doença não tratáveis, com deficiências físicas ou mentais, entre outras.

Conforme amplamente exposto, as informações sobre crianças e adolescentes disponíveis para adoção e pessoas interessadas em adotar estão centralizadas no CNA, ferramenta digital que busca auxiliar os juizes da Vara de Infância e Juventude de todo o país na condução dos procedimentos de adoção, tornando o processo mais ágil.

Existem mais de 42,7 mil pretendentes cadastrados no CNA. Desse total, 92,18% aceitam crianças brancas, 80,18% aceitam crianças pardas, 52,47% aceitam crianças negras e 47,09% querem uma criança com qualquer cor de pele[24]

Quanto ao sexo da criança, a maioria dos pretendentes – 63,78% – é indiferente, enquanto 27,62% preferem uma menina e 8,61% desejam adotar um menino.

A maior parte dos menores aptos para a adoção é parda (48,23% do total). A maior parte deles também tem irmãos (59,09%).

Será abordada no próximo capítulo a realidade do perfil das crianças e adolescentes nas instituições de acolhimento e como a cega obediência à previa habilitação ao Cadastro Nacional da Adoção não concretiza o direito fundamental a convivência familiar e comunitária, a depender do caso.

3 A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Conforme exposto acima, no momento da habilitação, o pretendente à adoção preencherá uma série de questionários com seus dados pessoais, sua formação, sua capacidade econômica, seus dados familiares e sua motivação para a adoção.

Além disso, escolhe o perfil da criança desejada indicando o número de crianças ou adolescentes, se aceita ou não irmãos, o sexo, a idade e a raça; se aceita crianças ou adolescentes de outros estados, com doenças tratáveis e doença não tratáveis, com deficiências físicas ou mentais, entre outras.

Ocorre que a realidade das crianças e adolescentes acolhidas à espera de uma adoção está muito distante das expectativas dos pretendentes, futuros pais. Isso porque, o perfil

das crianças e adolescentes abrigadas, em muitos casos, não vai ao encontro do perfil desejado pelos adotantes.

Segundo dados do CNA- Cadastro Nacional de Adoção que serão exposto a seguir, uma criança recém-nascida, branca, de preferência do sexo feminino, sem irmãos e sem nenhuma doença, retrata o perfil mais procurado e o mais difícil de ser atendido.

Ocorre que 77% das crianças e adolescentes disponíveis para adoção no país, têm entre 10 e 17 anos e apenas 2% são menores que 3 anos, sem contar que mais de 50% delas têm irmãos, segundo dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA)[25]

Isso ocorre, pois os pretendentes, futuros pais, ainda sonham com a criança “ideal”, livre de traumas da família biológica, vícios incorrigíveis e dificuldades na adaptação. Assim, supõem-se que quanto menor for a criança, melhor será sua adaptação com os membros do novo lar.

A adoção *intuitu personae* se tornaria a melhor opção dentro deste cenário, pois imaginemos os casos em que os voluntários de abrigos criam afeto pelas crianças e adolescentes que dificilmente seriam adotadas e resolvem adotá-las, ou, ainda, os padrinhos afetivos, que são aquelas pessoas que por livre e espontânea vontade, apadrinham uma criança/adolescente, e também decidem adotá-la. Qual a saída jurídica nesses casos observando que essas pessoas não estão habilitadas?

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro não permite essa adoção direta. Isso porque a adoção *intuitu personae*, nessas hipóteses, não está prevista no rol das exceções à obrigatoriedade de habilitação no Cadastro Nacional da Adoção prevista no parágrafo 13 do artigo 50 do ECA.

Sob essa ótica e sendo uma realidade social que determinadas crianças e adolescentes nunca serão adotadas e assim não terão uma família, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária não abarca a todos.

A Constituição Federal garante aos cidadãos certos direitos definidos como fundamentais. Especificamente em relação às crianças e adolescentes, os direitos fundamentais encontram proteção no artigo 227 da Constituição Federal[26] que prevê, dentre outros, o Direito à convivência familiar e comunitária tida como fundamental.

Os direitos fundamentais visam assegurar a essência do que é indispensável para que qualquer pessoa possa crescer e viver com dignidade. Constata-se, universalmente, que a dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos fundamentais. Ela pressupõe o reconhecimento desses pela ordem jurídica, em todos seus aspectos e dimensões.

Além disso, a dignidade da pessoa humana foi especialmente vertida para a criança e o adolescente, no caput do art. 227 da Carta Constitucional. Assim, eles têm sua dignidade assegurada não apenas de forma geral no art. 1º da Constituição Federal, mas de forma específica no dispositivo supracitado.[27]

A convivência é o cerne da própria experiência de família e, portanto, essencial a qualquer modelo de entidade familiar, inclusive para fins de reconhecimento jurídico da existência de alguns vínculos.

Ainda com o devido reconhecimento de sua importância, não é fácil conviver em uma sociedade cada vez mais complexa. A velocidade com que as coisas acontecem, trazendo com elas, necessidades também urgentes, segue minando a noção de durabilidade nas relações, conflitando com a permanência que marca a maioria dos laços familiares[28]

Nas relações de família, aquilo que seria naturalmente ou culturalmente esperado, como a proximidade, a solidariedade, o cuidado e o afeto, passa a merecer

atenção secundária, pois, a cada um, é prioritário suprir as próprias carências, sempre em busca de uma (re)construção de suas vidas que não para de se transformar. Ao mesmo tempo, o reconhecimento jurídico da dignidade humana, da igualdade material e da solidariedade, ressalta a vulnerabilidade de algumas pessoas, considerando as circunstâncias vivenciadas, colocando-as em posição de dependência em relação a outras[29]

A adoção *intuitu personae*, se devidamente regulamentada, garantiria à diversas crianças e adolescentes uma oportunidade de conviver em família; de usufruir de todos os benefícios a partir de trocas das relações de afeto.

A adoção *intuitu personae* poderia ser uma alternativa ao quadro atual da adoção no Brasil, tendo em vista que as crianças e adolescentes aptos a serem adotados, ou seja, impossibilitados de retorno ao seio de sua família natural, não correspondem, em regra, às expectativas dos adotantes, pois têm idade e características físicas incompatíveis com os requisitos considerados padrão por aqueles que desejam adotar[30].

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar a viabilidade da adoção dirigida ou *intuitu personae*. Essa modalidade de adoção consiste na entrega consentida dos pais biológicos, geralmente a mãe, às famílias por eles determinadas, sem a prévia habilitação no Cadastro Nacional, ou seja, sem a intervenção do Estado.

Os estudos realizados passaram por uma breve evolução do conceito de Família e, especialmente, pelos princípios norteadores direito da criança e do adolescente, principalmente no que guarda relação com a efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

A atual realidade brasileira no que se refere ao perfil dos pleiteantes à adoção e das crianças e adolescentes que vivem em instituições de acolhimento, apesar da expressa previsão constitucional, restou verificado que o número de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento é assustador, reproduzindo um número lastimável de pessoas, ainda em desenvolvimento, sem uma família.

As conclusões advindas da pesquisa permitem afirmar que a efetiva aplicação da teoria da proteção integral, bem como dos princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não é verificada na prática, pois crianças e adolescentes permanecem

crescendo dentro de instituições de acolhimento até que atinjam a maioridade, em claro desrespeito a seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Assim, unindo esse cenário atual às pessoas que por algum motivo querem ter um filho, seja pela impossibilidade de engravidar, seja por achar que estão exercendo alguma função social, entre outros, acha-se a adoção como saída para dar efetividade ao princípio da proteção integral.

Foi estudado que o ordenamento jurídico brasileiro prevê que para uma pessoa adotar uma criança ou um adolescente é necessário passar um procedimento específico de habilitação e não, simplesmente, escolher uma criança e registrá-la como se filho fosse. No entanto, verificou-se que situações práticas poderiam desburocratizar essa modalidade e permitir uma adoção, legal, direta.

Apesar da obrigatoriedade à habilitação ao Cadastro Nacional de Adoção, analisou-se, a partir do grande número de abrigados nas Instituições de Acolhimento no Brasil, se a legalidade dessa modalidade de adoção, que não respeita o Cadastro Nacional de Adoção, procedimento obrigatório previsto no ECA e na Lei 12.010/09, poderia ser uma alternativa viável para a efetivação de um direito Constitucional à convivência familiar bem como se a legitimidade dessa modalidade de adoção visa a diminuição das crianças e adolescentes institucionalizadas, mantendo-a no núcleo familiar que sempre esteve ao invés de ser recolhida para uma Instituição e aguardar que uma família previamente habilitada aceite seu perfil.

O tema escolhido tem extrema relevância para a sociedade brasileira observado o número de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento à espera de uma família bem como o número de crianças e adolescentes em situação irregular tendo em vista a adoção, em sua modalidade direta/dirigida, carente de proteção legal, salvo as exceções previstas no ECA, além dos variados entendimentos da jurisprudência e doutrina.

A adoção *intuitu personae*, por certo, é meio legítimo para garantir o Direito à Convivência Familiar e Comunitária às crianças e adolescentes residentes em instituições de acolhimentos que não atendem o perfil escolhido pela maioria dos adotantes.

BIBLIOGRAFIA

BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 103-135.

BITTERCOURT, Sávio. Adoção e o direito de viver em família: famílias em concreto e os grupos de apoio a adoção. 1ª ed. São Paulo: Juruá, 2017

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. Pensar. V.18, n.2. Fortaleza, mai./ago. 2013. p. 587-628.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família. V. 31. Belo Horizonte: IOB, 2005. p. 39-66.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. Revista de Investigações Constitucionais, v. 3. Curitiba: UFPR, 2016. p. 117-139.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; Danos à Pessoa Humana. 2ª ed, Rio de Janeiro, Processo, 2017.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. 10ªed, Rio de Janeiro, Saraiva Jur, 2017.

ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. Adoção intuitu personae. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009;

GOMES, Manuela Beatriz. Adoção intuitu personae no direito brasileiro: uma análise principiológica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013;

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. O princípio do melhor interesse da criança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459-493.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Estatuto da Criança e do Adolescente no quadro evolutivo do direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 1-15.

OLIVEIRA, Catarina Almeida. RELAÇÕES EXISTENCIAIS DECORRENTES DO PODER FAMILIAR E SUA TUTELA PELAS NORMAS DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2012

SILVA, Enid Rocha Andrade da. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados. In: SILVA, Enid Rocha da (coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito. N. 21. Belo Horizonte, 1979. Disponível em: «<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>». Acesso em: 30 nov. 2017

Notas:

[1] Advogada. Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela PUC-RJ. Membro da Comissão de Direito da Criança e do Adolescente da OAB-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Pequenos e Médios Escritórios de Advocacia.

[2] Disponível em: 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. Acesso em 23/04/2019.

[3] Art. 227 da CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Acesso em 23/04/2019.

[4] AMIN, Andréa Rodrigues. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. 10ªed, Rio de Janeiro, Saraiva Jur, 2017, p.79.

[5] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. Pensar. V.18, n.2. Fortaleza, mai./ago. 2013. p. 587-628.

[6]<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>

[7] Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 20/04/2019

[8] Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1075.html>- Acesso em 20/04/2019

[9] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cadastro-nacional-de-adocao-cna-> acesso em 20/04/2019

[10] DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 11. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.36

[11] DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 11. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 36

[12] PACHECO, Caroline. Dissolução do casamento: impactos da EC 66/2010.Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3933, 8 abr. 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/27523>. Acesso em

[13] FACHIN. Luiz Edson Da paternidade, relação biológica e afetiva. 1. ed, Belo Horizonte: Del Rey

[14] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Tratado do direito das Famílias, O conceito de família e sua organização jurídica. 2. ed, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 58.

[15] SCHREIBER, Anderson, Revista IBDFAM. 29. ed., out 2016, p. 12

[16] DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 11. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.493.

[17] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm 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. § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

[18] GOMES, Manuela Beatriz. Adoção intuitu personae no direito brasileiro: uma análise principiológica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013

[19] STJ, HC Nº 404.545, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, J. 13/09/2017 Habeas corpus. Direito de família. Guarda e adoção. Menor impúbere (10 meses de vida). Casal homoafetivo. Entrega pela mãe. Adoção. Procedimento formal iniciado. Acolhimento institucional. Medida teratológica. Melhor interesse do menor. ORDEM Concedida de ofício.1. A potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, que foi recolhida em abrigo após longo convívio com a família que o recebeu como filho, impõe afastar de plano o óbice formal da Súmula nº 691/STF.2. O menor, então com 17 (dezessete) dias de vida, foi deixado espontaneamente pela genitora na porta dos interessados, fato descoberto após a conclusão de investigação particular.3. A criança vem recebendo afeto e todos os cuidados necessários para seu bem-estar psíquico e físico desde então, havendo interesse concreto na sua adoção formal, procedimento já iniciado, situação diversa daquela denominada adoção "à brasileira".4. A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor.5. Ordem concedida. (STJ, HC Nº 404.545, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, J. 22/08/2017).

[20]

[21] 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.

[22]Disponível

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6393/S%C3%A9rie+%E2%80%9CUm+olhar+sobre+a+ado%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D>- acesso em 22/04/2019.

[23]

Disponível

em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/banco-de-dados-nacional-facilita-adocao/sao-usuarios-do-cna>. Acesso em: 22/04/2019.

[24]Disponível

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Julgados-sobre-ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crian%C3%A7a. acesso em 23/04/2019.

[25] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 23/04/2019.

[26] Art. 227 da CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Acesso em 23/04/2019.

[27]Disponível http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/5.pdf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A Disciplina Jurídica da Autoridade Parental.

[28] OLIVEIRA, Catarina Almeida. RELAÇÕES EXISTENCIAIS DECORRENTES DO PODER FAMILIAR E SUA TUTELA PELAS NORMAS DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco,2012.

[29] OLIVEIRA, Catarina Almeida. RELAÇÕES EXISTENCIAIS DECORRENTES DO PODER FAMILIAR E SUA TUTELA PELAS NORMAS DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco,2012.

[30] GOMES, Manuela Beatriz. Adoção intuitu personae no direito brasileiro: uma análise principiológica. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013

Palavras Chaves

Criança, Adolescente, Adoção intuitu personae.