

1

ADOÇÃO “*INTUITO PERSONAE*”: EVOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA?

Adriano Roberto Vancim

José Eduardo Junqueira Gonçalves

“Há pessoas que lutam um dia e são boas;
há pessoas que lutam um ano e são melhores;
há as que lutam muitos anos e são muito boas;
porém, há as que lutam toda vida – essas são as
imprescindíveis.”
(Bertold Brecht)

1. INTRODUÇÃO

Como proposto e bem alinhavado, sabe-se que a base de toda a formação pessoal humana está indubitavelmente adstrita à base familiar que o circunda, em intensiva atividade formadora da personalidade do homem, caracterizado como sendo o fundamental agente socializador do ser humano.

Daí a se referir à crucial e extrema importância da família, “base da sociedade” e com “especial proteção do Estado”, como entidade garantista de todos os direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, em consectário lógico aos estatuídos fundamentos da “cidadania” e da “dignidade da pessoa humana”.

Em específico aos direitos impingidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, forçoso reconhecer que a ausência ou mesmo “fa-

AMAGIS JURÍDICA – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS | BELO HORIZONTE | ANO III | N. 5 | JAN./JUL. 2011

lência” familiar hoje tão cristalina, torna por inviabilizar a materialização e exercício dos direitos elementares normatizados, sem olvidar ser este o espírito da lei reconhecido e vez por outra injustificadamente atacado pela lembrança do então Código de Menores.

Nesse viés, de rigor a consagração da manutenção da família natural, sendo a colocação em família substituta medida de excepcional aplicação, às vezes perfeita pela guarda ou pela adoção, sempre pendente do exclusivo respeito ao princípio maior do melhor interesse da criança/adolescente.

Em termos práticos, vem a ser a adoção talvez o instituto jurídico de nobre relevo marcado pelo rompimento de preconceitos, a quem se põe a assumir crianças ou adolescentes manchados pelo abandono ou maus-tratos familiar, seja na forma ativa ou mesmo até omissiva, como se dá nas hipóteses de abandono material e intelectual.

Tal como proposto pela professora Tânia da Silva Pereira,

o grande norteador para os intérpretes do novo sistema jurídico, é que a convivência familiar, dentro ou fora do casamento, na família biológica ou substituta, e a vida em comunidade devem ser a prioridade nas políticas públicas e programas governamentais. Se criança e adolescente são, por determinação da Constituição de 88, ‘prioridade absoluta’, caberá à sociedade e à família implantar esta primazia através de medidas sociopolíticas imediatas e concretas, sobrepondo-a a interesses supérfluos e secundários em nosso atual contexto nacional.¹

Nesse desiderato, trazemos a lume uma nova posição inovadora e talvez até modernista no que pertine aos critérios e requisitos a serem observados quando da colocação do infante ou exposto a família substituta, mormente em se tratando dos institutos da guarda e da adoção, outrora adjetivados pelo peso burocrático normativo.

2. BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO

Sabe-se que desde a mais remota antiguidade existe o instituto da adoção, cuja origem teria sido na Índia, que, com suas crenças religio-

¹ PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126.

sas a teria transmitido aos egípcios, persas e hebreus, transmudando, como o passar dos tempos, aos gregos e aos romanos.

Desde os mais remotos tempos, o instituto da adoção foi conhecido e utilizado pelos povos. Tinha como função primordial e específica a perpetuação dos deuses e do culto familiar. Assim, àqueles que a natureza não tivesse dado filhos, o Código de Manu autorizava a adoção de apenas uma criança ou adolescente, com o intuito de não cessar as cerimônias fúnebres. Dessa maneira, o culto aos deuses familiares continuaria a ser perpetuado.

Pelo Código de Hamurabi, a adoção era reconhecida por Mârutu, identificada como “adoção como instituição de herdeiros”, “adoção sem instituição de herdeiros” e “adoção provisória”, resumindo-se, pois, na obrigação de educar o adotando, permitindo seu retorno para casa paterna se não fosse dada a educação prometida.

Nas Ordenações era prevista a adoção, que recebia o nome de Perfilhamento, cujo objetivo era de tomar como herdeiros, na sucessão, os filhos tidos como adúlteros. Com a Independência, as Ordenações começam, entre nós, a perder sua validade, em que pese o atual reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial n. 36.911-8 quanto à vigência de alguns artigos específicos. Não obstante, a revogação parcial ocorreu no ano de 1916, com o surgimento do Código Civil, cujo modelo era o do Direito Romano.

Exigia-se que a adoção somente poderia ser exercida por aqueles que possuíam prole legítima ou legitimada, sendo que, com a entrada em vigor da Lei n. 3.133/57 esse dispositivo foi eliminado.

A Lei n. 4.655/65 pretendeu integrar o adotado na família que o recebia, mas, mesmo assim, existiam várias restrições ao instituto da adoção. Com a entrada em vigor da Lei n. 6.697/79, a expressão legitimação adotiva foi substituída por adoção, com as modalidades “simples” e “plena”. A primeira era regida pelo Código Civil de 1916 e Lei n. 3.133/57, enquanto a segunda era regulada pela Lei n. 8.069/90 (ECA), arts. 39 a 52.

Nestes termos, conceitua-se a “adoção simples” com uma instituição legal que estabelecia, entre duas pessoas, relações civis de paternidade e filiação. Já a “adoção plena”, referia-se ao instituto legal pelo qual o adotado adquiria, para todos os efeitos, a condição de filho

legítimo, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo as hipóteses de impedimentos matrimoniais.

Com a entrada do atual Código Civil, não há mais as figuras da adoção simples e da adoção plena, deixando de existir, passando a adoção a ser irrestrita, trazendo consigo importantes reflexos nos direitos da personalidade e nos direitos sucessórios, mesmo até pelo “*status* constitucional” que a reveste.

3. LEGISLAÇÃO COMPARADA

Com efeito, dois são os posicionamentos a respeito do instituto da adoção na legislação comparada: de um lado a larga influência do instituto alemão, francês e italiano; do outro, podemos citar alguns institutos adotados em Israel, Luxemburgo e Portugal, que seguem modelo distinto do nosso.

Assim, na Alemanha, menciona-se que o adotante deve ser capaz, ter no mínimo 25 anos de idade e não ter filhos legítimos. Além, são adotados somente os menores de 18 anos, sendo necessário o consentimento dos pais. O contrato de adoção é feito com duas testemunhas perante o tabelião, na presença do adotante. Caso o adotado tenha até 14 anos, exige-se também a presença de seu representante legal, de modo que, se tiver idade superior a 14 anos, é dispensada a presença de seu representante. Ainda, a adoção somente entra em vigor após a devida homologação judicial, existindo o impedimento para o casamento entre adotante e adotado, sob pena de imediata revogação.

Na França, o Código Napoleônico foi o que mais detalhou o instituto da adoção, equiparando o filho adotado ao legitimado, incluindo também os menores abandonados, objetivando proporcionar amparo às vítimas de guerra. Outras leis surgiram, merecendo destaque a lei de 23 de dezembro de 1958, que estabelecia que o adotante deveria ter 35 anos para o casal que não tivesse filhos, devendo ser casados há mais de 8 anos e com a diferença de 15 anos do adotado.

Na Itália, duas são as espécies de adoção: ordinária (simples) e a especial (plena). Assim, na modalidade de adoção simples o adotante tem que ter mais de 35 anos de idade e ser 18 anos mais velho que o adotado, dependendo do consentimento do cônjuge se fosse casado. Qualquer pessoa pode ser adotada, de sorte que, o adotado permanece

com direitos na família de origem. A adoção simples é para os menores de 8 anos, que não tem assistência moral e material por parte dos pais ou parentes, sendo, desse modo, adoção revogável por iniciativa de uma das partes ou pelo Ministério Público. Já na adoção plena, além dos requisitos da adoção simples, o adotante deve ter mais de 3 anos de casamento e diferença de mais de 18 anos do que o adotado, sendo exigido que o adotante deva ter a idade máxima de 40 anos. Aqui a adoção é irrevogável.

Em Israel, o uníssono objetivo da adoção era dar às crianças órfãs um ambiente familiar. As condições gerais para adoção basicamente cingiam-se ao fato de que era exigida a mesma religião do adotante, pouco importando a nacionalidade. O adotante só podia adotar se, anteriormente, existisse um período de experiência do adotado na residência do adotante, sendo este período não inferior a 6 meses, cujo período de adaptação era acompanhado por um funcionário do Tribunal. Admitia-se a possibilidade de revogação, porém, a lei não dizia em seu bojo quais são as causas desta. O procedimento a ser seguido é sempre o judicial, perante o Tribunal de Justiça ou perante o Tribunal Religioso.

A seu turno, observa-se que, em Luxemburgo, a adoção somente é concebida desde que haja manifesta vantagem para o adotado, sendo, assim, permitida mais de uma adoção. O adotado permanece em família natural, mas ajunta o novo nome. Tem direito à herança, cabendo mencionar que a mudança de lar apenas ocorre em caso de órfão, menor de 5 anos ou abandonado pelos pais. Para haver a revogação devem ser comprovados motivos graves, podendo, assim, ser requerida pelo adotante, adotado ou Ministério Público.

Em Portugal, admitem-se também duas formas de adoção: a plena e a semiplena. Na adoção plena, o adotando deve ser filho ilegítimo ou de pais desconhecidos e que esteja com o adotante antes de completar a idade de 14 anos, irrevogável, sendo a única legislação que se utiliza do instituto para reconhecer filhos ilegítimos. Na adoção semiplena, o adotante deve ter mais de 25 anos e, se casado, exige-se o consentimento do outro cônjuge. Nesta hipótese, confere-se o poder familiar, mas não há direito de herança, exceto se o adotante não possuir herdeiro. É revogável.

4. A ADOÇÃO E SEUS REQUISITOS NO ECA

Detidamente delimitado pelos arts. 39 a 52 do ECA, com nova redação em alguns dispositivos legais determinada pela Lei n. 12.010/2009, registre-se que o ECA apenas trata da adoção de crianças e adolescentes até 18 anos de idade, que será processada perante a Vara da Infância e Juventude correspondente, regendo tais casos na hipótese de adotando maior, a lei adjetiva civil.

Basicamente são os seguintes os requisitos exigíveis à sua concessão: a) o adotando deve contar com no máximo 18 anos de idade à data do pedido de adoção, não sendo aplicável o disposto se ele já estiver sob guarda ou tutela dos adotantes (art. 40); b) o adotante tem que ser maior de 18 anos de idade para adotar, independentemente de seu estado civil, tendo sido alterado tal disposto diante da redação determinada pela Lei n. 12.010/2009 (art. 42). Pela redação primitiva, correspondente idade era considerada a de 21 anos; c) o adotante tem que ser, pelo menos, 16 anos mais velho que o adotando (art 42, § 3º); d) a adoção somente será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando, além da necessidade de fundar-se em motivos legítimos (art. 43), ou seja, deve ser levado em conta para sua concessão, embora não exclusivamente, o interesse do adotando; e) a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando (art. 45), com os seguintes caracteres: e.1) o consentimento dos pais é necessário enquanto detentores do poder familiar; e.2) será dispensado o consentimento cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (§ 1º); e.3) sendo o adotando maior de 12 anos de idade, necessário se faz o seu consentimento (§ 2º). Observe-se, entretanto, haver entendimento no sentido de que o juiz pode contrariar a vontade do adotando, quando presentes os requisitos de “reais vantagens ao adotando e legítimo interesse”, insertos no art. 43; f) a adoção será precedida de estágio de convivência, em regra, pelo prazo que o juiz fixar (art. 46), sendo verificado na prática forense o prazo razoável de 1 ano. Configura sua dispensa nas seguintes hipóteses e com as seguintes observações: f.1) pela nova redação, dispõe o § 1º do art. 46 que o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da

constituição do vínculo. Ademais, veja-se que pelo § 2º que a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. Ressalte-se também que, pelo § 3º, em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Cumpre assinalar, em termos práticos, o teor disposto no § 4º, por meio do qual o estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. A redação primitiva assinalava as seguintes hipóteses de dispensa: se o adotando não contar com mais de 1 ano de idade e, independentemente da idade do adotando, se já estiver em companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da instituição do vínculo; g) a adoção é irrevogável, vale dizer, uma vez observados seus requisitos legais e definitivamente concedida, torna-se irreversível. Por mais, pelo § 1º do art. 39, “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” (§ 1º, acrescido pela Lei n. 12.010/2009); h) eventual morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (art. 49); i) não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando (art. 42, § 1º); j) a adoção por ambos os cônjuges ou conviventes, agora denominada de “adoção conjunta”, será deferida desde que um deles preencha os requisitos legais autorizadores da medida, bem assim desde que sejam casados civilmente ou mantenham relação estável, comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º); l) § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda

compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil (Lei n. 12.010/2009). Pela primitiva redação, apenas os divorciados e separados judicialmente poderiam adotar desde que o estágio de convivência tivesse sido estabelecido na constância da sociedade conjugal e houvesse acordo quanto ao regime de guarda e visitas, sempre favorável ao adotando; m) pelo § 6º do art. 42, a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. O § 7º do art. 47, a adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. É denominado o fenômeno de “adoção póstuma” ou “adoção *post mortem*”.

4.1 Adoção para os maiores de 18 anos de idade

Em breves palavras, importa registrar que o Código Civil Brasileiro não exclui esta possibilidade, apenas afasta a realização deste ato por meio de escritura pública, sufragando-o pela sentença judicial constitutiva que será posteriormente averbada perante o Cartório de Registro Civil.

O tema, que já foi bastante debatido por diversos doutrinadores e especialmente por nossos Tribunais de Justiça, recebeu abordagem essencial por parte do Superior Tribunal de Justiça por intermédio do voto do Ministro relator, Luis Felipe Salomão, que assim considerou:

O novo Código Civil modificou sensivelmente o regime de adoção para maiores de 18 anos. Antes, poderia ser realizada conforme vontade das partes, por meio de escritura pública. Hoje, contudo, dada a importância da matéria e as consequências decorrentes da adoção, não apenas para o adotante e adotado, mas também para terceiros, faz-se necessário o controle jurisdicional que se dá pelo preenchimento de diversos requisitos, verificados em processo judicial próprio.

Com isto, ficou suprimida a adoção que primava em considerar a vontade dos interessados, passando a exigir que os benefícios da adoção para todos os envolvidos fossem aquilatados pelos Juízos das Varas de Família sempre que o adotando fosse maior de 18 anos de idade.

4.2 Adoção à Brasileira

Assim nominada pelos juristas, é compreendida como sendo a adoção praticada sem a devida observância dos requisitos legais autorizadores à sua concessão, ou seja, trata em ser o que a doutrina também denomina de “adoção informal”, pautada, sobretudo, na vontade dos interessados em terem para si a criança ou o adolescente, muitas vezes advinda de laço sentimental e afetivo, tendentes à inserção de novo vínculo familiar.

Como assinalado, são os casos em que os interessados em adotar uma criança não usam o procedimento legal, mas, sim, um sistema de adoção sem apoio na lei, adoção feita, apenas, de acordo com a vontade do interessado. A adoção à brasileira se concretiza quando a pessoa interessada ou o casal interessado registram filho(s) de outrem como se fosse seu próprio filho.

Em casos tais, a instabilidade jurídica e a própria insegurança pessoal caracterizam a precariedade do instituto, do qual foi firmado sem o atendimento ao procedimento legal específico, do qual poderá emergir consequências civis (anulação do registro e perda da criança), bem como consequências de natureza penal (art. 242 do CP).

Não é o caso, pois, da adoção “*intuitio personae*”, já que escorada esta modalidade de adoção em normatização jurídica revestida pelo melhor interesse da criança, do qual inexistente qualquer possibilidade de afastamento dos procedimentos seguintes trazidos pelo ECA.

5. ADOÇÃO PERSONALÍSSIMA CONFORME POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ADOTADA PELO STJ

Entre os requisitos exigidos e a serem observados, o art. 50 do ECA prescreve a necessidade de cadastro em registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, tratando-se, pois, da lista de adoção, como forma de se evitar o famigerado ilegal “comércio de crianças”.

Ressalte-se que o próprio § 13 do mesmo art. 50 traz as exceções em que não se resulta necessária a observância ao cadastro de adoção:

a) quando se tratar de pedido de adoção unilateral; b) quando o pedido for formulado por parente com o qual a criança ou o adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade e, c) quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou a 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 do ECA.

Entretantes, em exceção à epigrafada exceção normativa, o eg. Superior Tribunal de Justiça se posicionou quanto à admissibilidade de nova hipótese de relativização da lista de adoção quando os pais biológicos escolherem a família que adotará seu filho, desde que não se trate de comércio de criança demonstrada por prova efetiva.

Eis a inovadora ementa:

RECURSO ESPECIAL – AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR – VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS – PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA – TRÁFICO DE CRIANÇA – NÃO VERIFICAÇÃO – FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I – A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II – É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma

decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III – Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; IV – Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V – O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI – Recurso Especial provido. (REsp 1172067/MG, Rel. MIN. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, *DJe* 14/04/2010)”.

6. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

A par do exposto, conforme assinalado no v. aresto, sobressalta o princípio maior regente do melhor interesse do menor em combinação com a doutrina jurídica da proteção integral, por meio do qual o peso formal exigido durante todo procedimento adotivo deve ceder espaço ao primordial e inafastável interesse do menor, sem o que, não encontraria o processo seu viés objetivo.

Nessa linha, veja-se que mencionado princípio, inicialmente previsto pelo art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 89),² está em plena consonância com os fins jurídi-

² Assim prescreve: “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”.

co-legais estatuídos pelo ECA, razão pela qual merece saudação o novel posicionamento jurisprudencial, com redobrada vênia àqueles que perseguem posição contrária.

Nesse jaez, a abalizada doutrina do mestre e culto Promotor de Justiça Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, com traço marcante de sua peculiar sensibilidade:

a recente decisão do STJ, no REsp 1172.067-MG, modificando o entendimento do TJ/MG, é prova de que a lista de adoção pode ser relativizada, fora dos casos previstos na Lei n. 12.010/2009, por força do princípio do melhor interesse do menor, ou seja, entre a prevalência do cadastro de adotantes e a adoção em razão das pessoas escolhidas pelos pais biológicos (*intuito personae*), prevalecerá sempre o que for melhor para o interesse da criança e do adolescente, cujo comando maior será a relação de afetividade, ou seja, em outras palavras, o amor é capaz de relativizar a lista de espera de adoção (a força do amor).³

Em termos conclusivos

cremos que o juiz da infância e juventude pode sufragar o art. 50 quando este se mostra divorciado da realidade, atendendo assim aos reais interesses da criança e do adolescente, levando em conta a interpretação do art. 6º, inclusive permitindo a adoção *intuito personae*, quando esta se mostrar de boa-fé, ou seja, não houver comércio de crianças, registrando que a má-fé não pode ser presumida, e sim efetivamente comprovada.⁴

Não se olvide a incessante busca pela consagração dos princípios regentes pelo ECA, bem como dos cogentes direitos fundamentais estatuídos, sempre voltados à primordial consecução e defesa dos direitos da criança proscritos em lei, principalmente o melhor interesse do menor.

Consoante advertência poética de Clóvis Beviláqua, em distinta citação que faz o saudoso professor Antônio Chaves, em nome da consequência humana liberta dos preconceitos que a ensombraram por tantos séculos; em nome da justiça de que andamos sedentos e

³ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 154.

⁴ *Ibidem*, p. 166.

que constitui o alvo da nossa cultura moral; em nome da caridade que aproxima os homens pelo mesmo elo de amor, o amor dos que sofrem e o amor dos que compadecem, eu pergunto se este ódio cruel aos espúrios, aos infelizes mas inocentes, vale por um pesado monólito atirado para esmagar um instituto ainda vivaz em tantas legislações, ou por uma condenação sem recurso, proferida contra a aspiração nobre dos que, privados dos filhos, querem tê-los, e dos que, providos à condição de filhos, não querem volver ao desamparo de onde os retiram?⁵

Decorre daí, pois, a intensa e premente observância ao primado do melhor interesse da criança.

7. ASPECTO PRÁTICO E CRISTÃO DA ADOÇÃO

Jesus, o menino que foi recebido nos braços pela virgem, encontrou em seu novo lar o carinho e os cuidados necessários para crescer e se tornar o Salvador da humanidade. Sem o acolhimento de Maria e José, o Verbo que habitou entre nós, talvez não tivesse passado ileso por resfriados, febres, e outras enfermidades próprias daquela tenra idade diante da natureza humana da qual estava revestido. Afinal, tudo isto foi preciso para que seu sangue pudesse redimir os pecados do mundo. Quando o anjo Gabriel anunciou a chegada de Cristo estava também declarando a vontade do Pai, que havia escolhido aqui na terra aquela Sagrada Família. Talvez o primeiro relato histórico documentado, mas sem dúvida, a mais célebre adoção “*intuitio personae*” de todos os tempos.

Durante os dois últimos milênios, ninguém questionou esta manifestação paterna, portanto, inconscientemente, milhares de autores comentaram este fato sem atentar para o aspecto daquela adoção. Por que então existe uma dificuldade de alguns operadores do direito em aceitar esta modalidade de inserção familiar? O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que deve ser levado em conta o interesse do adotando e também não afasta o consentimento dos pais

⁵ CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 20.

biológicos. O que precisa ficar claro é que não se trata de forma espúria de adoção, tampouco magistrados e promotores de justiça seriam coniventes com o abominável “comércio de crianças”.

A exceção existe até mesmo para legitimar a regra e para isto, felizmente, nossos tribunais de Justiça têm dado passos significativos na direção de agasalhar esta possibilidade a partir da guarda provisória e definitiva.

Sobre este ponto, fazemos referência à fundamentação trazida pelo voto do eminente Desembargador Antônio Sérvulo, que no agravo regimental cível (100009509156-7/001), interposto em face de mandado de segurança (1000009509156-7/000), assim ponderou:

Malgrado o rito da adoção exija rigor no cumprimento da ordem de preferência da adoção, tem-se no presente caso que a família originária não possui condições de cuidar de forma adequada de seu filho, conforme estudo social realizado, mostrando-se adequada a transferência de sua guarda, de maneira provisória. (...) Não se trata, portanto, de privilégio na adoção, mas de preservação da integridade do menor, em obediência ao fim maior buscado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que se sobrepõe a qualquer barreira burocrática ou procedimental.

O processo de adoção é muito maior do que listas ou pessoas e seus pontos de vista, é um ato de amor e dedicação que requer identificação técnica e ao mesmo tempo espiritual das autoridades envolvidas. Não se deve simplesmente ignorar o desejo dos pais biológicos de que seu filho seja amparado por certa família, assim como não se pode deixar um recém-nascido aos cuidados divididos de uma instituição enquanto, enfermo, aguarda alheio pelos trâmites processuais. Nesta hora, não seria nenhum absurdo admitir que o bebê fosse exclusiva e pessoalmente tratado por um casal capaz de transmitir, em tempo integral, amor genuíno, dedicação, desejo e compromisso.

Assim como Cristo é o único caminho a ser seguido, podemos também confiar neste exemplo deixado por sua passagem entre nós, que muito revela sobre a importância de fazer prevalecer a vontade do Pai.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como assinalado por Oswaldo Leite de Moraes, em anos pretéritos, “a finalidade mais importante da adoção em nossos dias é a proteção dos menores”, assertiva pela qual toda a atividade jurisdicional deve se voltar e se despende para a consecução da garantia e preservação dos direitos da criança e do adolescente.

A firme posição adotada pelo eg. STJ vem ao encontro dos ditames esculpido em favor do melhor interesse da criança, do qual no cotidiano prático e funcional não se pode olvidar questão de maior relevo, mormente ante a interpretação teleológica e adaptativa impingidas.

A adoção, nesse sentido, como colocação do menor em família substituta, ainda mais pela disposta relativização da lista de cadastros, de modo algum pode ser levada a condição de privilégio ou algo semelhante, mas, sim, de preservação da integridade do menor, em obediência ao fim maior buscado pelo consagrado Estatuto da Criança e do Adolescente, que se sobrepõe a qualquer barreira jurídica procedimental.

Nesse mister, com redobrada vênua, apenas como fator de evolução principiológica (melhor interesse) e do próprio estudo da adoção, inclusive ante a legislação comparada em que se arrimou, é que se pode inferir possível aceitação dos operadores e aplicadores do Direito da adoção “*intuitu personae*”, nos moldes em que traduzido.

Certamente, ao menos vem caminhando e sinalizando o Direito para tal aceitação, mesmo como forma de ampliação desta nova “era jurídica” denominada “pós-positivista”, em que o legalismo se estrita em princípios informadores e conformadores da ciência jurídica, de maneira a permitir a efetiva e esperada prestação da tutela jurisdicional.

Pautamos, assim, de modo singelo e sem esgotar o assunto aqui tratado, em apenas despertar maior estudo e debate sobre os fins perquiridos pela adoção, principalmente a que ponto se admite a discricionariedade dos pais biológicos em optar por escolher a família substituta a que se rogará seu filho, sob o primado do melhor interesse da criança ou do adolescente.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STJ – REsp 1172067/MG, Rel. MIN. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, *DJe* 14/04/2.