

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

**ADOÇÃO INTUITU PERSONAE E FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL:
DIÁLOGO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**INTUITU PERSONAE ADOPTION AND PROCEDURAL FLEXIBILITY:
DIALOGUE WITH THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE**

**Raniel Fernandes de Ávila
João Paulo Barbosa Lyra**

Resumo

RESUMO: É inegável que o formalismo desempenha importante papel dentro do direito. Todavia, no estágio atual de compreensão do processo, a forma não pode mais ser encarada como um fim em si mesmo. Por isso, o julgador deve apurar, no caso concreto, se a aplicação daquele modelo procedimental rigoroso previsto na lei atende ou não aos anseios por justiça extraídos do ordenamento normativo. No caso da adoção intuitu personae, a ideia é exatamente a mesma: cabe ao intérprete perquirir se o procedimento especial de adoção previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECriAd) deve ou não ser flexibilizado para que a primazia do interesse do menor seja respeitada. Para auxiliar o julgador, o Novo Código de Processo Civil passa a assumir função participativa, servindo de verdadeira ponte entre os microssistemas processuais (como é o ECriAd) e a Constituição. Ver-se-á, dessarte, que o iter procedimental de adoção consubstanciado na inscrição prévia em cadastro de adotantes pode ceder, diante de um olhar sistemático do direito.

Palavras-chave: Formalismo, Adoção intuitu personae, Análise do caso concreto, Função participativa do novo código de processo civil, Interpretação sistemática do direito, Flexibilização procedimental

Abstract/Resumen/Résumé

It is undeniable that the formalism plays an important role within the law. However, at this stage of understanding of the process, the form can no longer be viewed as an end in itself. So judge must determine, in each case, whether the application of strict procedural model established by law meets or not the desires for justice taken from the normative order. In the case of intuitu personae adoption, the idea is exactly the same: the interpreter will have analyze if that special procedure provided for adoption in the Child and Adolescents Statute (ECriAd) should or should not be relaxed to respect primacy of the child's interest. To assist the judge, the New Civil Procedure Code shall take participatory role, serving as a real bridge between the procedural microsystems (as is the ECriAd) and the Constitution. Thus, it will realize that the adoptions procedure of the previous register can be disconsidered before a systematic view of the Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Formalism, Intuitu personae adoption, Analysis of the case, Participatory role of the new civil procedure code, Systematic interpretation of law, Easing procedural

1. INTRODUÇÃO

Em sociedades menos complexas, a adoção era vista como um mero ato fático em que um família tomava para si uma criança e dela cuidava, como se o infante fosse um verdadeiro parente de todos os que compunham aquele clã familiar. Exemplo emblemático de tal fenômeno pode ser retirado do livro bíblico do Êxodo, em que Moisés é tomado pela filha de faraó e inserido na família real egípcia (BÍBLIA, Êxodo 2: 10).

Obviamente, tal modelo simples não mais se sustenta em Estados de Direito como o Brasil. Deveras, para que uma família adote um infante-juvenil, indispensável se faz a observância de um procedimento rigorosamente previsto em lei. Isso se dá, em especial, como forma de proteger crianças e adolescentes, afinal de contas, além de ser necessária a análise pelo Estado – mediante o auxílio de equipe especializada – da aptidão da família para receber um menor em seu seio, um procedimento legal também serve como instrumento de combate ao pernicioso tráfico de menores. Assim, o formalismo desempenha papel ímpar para proteger o bem-estar dos pupilos que aguardam a adoção.

Todavia, tal entendimento não pode ser encarado como absoluto, havendo vezes em que a observância cega do procedimento de adoção previsto na lei pode, ao contrário, ser prejudicial ao melhor interesse do infante.

Neste artigo, a adoção *intuitu personae* será colocada em análise, para modo de investigar situações fáticas em que o procedimento especial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECriAd) deverá ceder, diante de uma interpretação em cotejo com a função participativa promovida pelo Novo Código de Processo Civil, o qual liga os microssistemas processuais à Constituição Federal (CF).

Para tanto, será analisado, sucintamente, o fenômeno da constitucionalização do processo, o que servirá como sustentáculo de elogios aos posicionamentos que representem o emprego de “formalismo valorativo” e de repúdio aos que representem o denominado “formalismo excessivo”.

2. PROCESSO E (A INEGÁVEL IMPORTÂNCIA DO) FORMALISMO

Comumente se afirma que o processo é uma relação jurídica complexa que se desenvolve ao longo de um procedimento em contraditório (ABELHA RODRIGUES, 2010, p. 195). Disso, é possível concluir que não há como falar de processo sem fazer referência ao

formalismo, já que este é o responsável direto pela “organização da desordem” (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2007, p. 126), o qual empresta previsibilidade a todo o procedimento, dando aos jurisdicionados a tão necessária segurança jurídica.

Adverte-se que o termo “formalismo” ou “forma em sentido amplo” é empregado, neste trabalho, na acepção usada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2007, p. 125-150), a qual diz respeito à totalidade formal do processo, com a devida delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, especificação do procedimento, coordenação das atividades, tudo com vistas a atingir a certas finalidades. Eis que o formalismo desempenha o importante papel de organizar o caminhar processual. É ele que permite que um conflito de interesses seja discutido em juízo com a ordem típica de Estados civilizados.

Para além disso, não se pode esquecer que a forma em sentido amplo tem a importante missão de evitar as arbitrariedades dos órgãos que exercem o poder do Estado. Ora, se a lei não impusesse que o Estado-Juiz seguisse “tal e tal” trâmite, os magistrados ficariam livres para, sem critério e ao seu bel-prazer, escolher o caminhar processual que lhes fosse mais conveniente, segundo impressões subjetivas e absurdamente pessoais. Aliás, se todo procedimento ficasse a critério do Judiciário, correr-se-ia o risco de serem adotados *iter* procedimentais dos mais variados para casos da vida muito parecidos ou idênticos, culminando em decisões conflitantes. Logo, o formalismo também cumpre o papel de evitar injustiças.

Ainda, a forma *lato senso* atua como peça fundamental de controle de eventuais excessos perpetrados pelas partes, posto que ambos os contendores são tratados de maneira igual, possuindo em medida equilibrada poderes, faculdades, ônus e deveres ao longo do procedimento. Se o processo fosse disforme, o caos estaria estabelecido na relação entre os litigantes, posto que um e outro lançariam mão dos mais ardilosos instrumentos para beneficiarem-se e enfraquecerem a contraparte; seria um verdadeiro “vale-tudo”, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, mostram-se inegáveis os benefícios que o formalismo desempenha no direito processual.

3. BREVES NOÇÕES SOBRE PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Neste estágio, é de superior importância o destaque de que todo o formalismo processual só tem razão de ser em função de finalidades a serem perseguidas ao longo do

procedimento. Em termos mais simples: o processo foi concebido para que as crises jurídicas fossem resolvidas da forma mais satisfatória possível.

Assim, reconhece-se que a fase do instrumentalismo (DINAMARCO, 2005) teve a importante tarefa de dar ao processualista a concepção de que o processo é serviçal do direito subjetivo cuja tutela se pretende com a provocação da Jurisdição. Dessa ideia, passou-se à noção de que os procedimentos previstos em lei devem adequar-se ao direito material, a fim de que os jurisdicionados possam obter da maneira mais efetiva possível o bem da vida que a lei substancial lhes garante por direito (BUENO, 2009, p. 51-52).

Todavia, como seria inviável imaginar procedimentos específicos para resolver cada situação de crise jurídica que, eventualmente pudesse surgir, adotou-se técnica legislativa mais plausível: estabelece-se um procedimento básico, o qual seja hábil de contemplar os mais variados casos, e, subsidiariamente, na medida das exigências do direito material (ou por motivações outras, muitas vezes descabidas¹), fixam-se procedimentos especiais, os quais são complementados, nas omissões, por regras previstas para o “procedimento modelo” (COUTO E SILVA, 1977, p. 1-16). Sobre o assunto relevantes são as considerações de Adroaldo Furtado Fabrício (2005, p. 596):

Em regra, o procedimento-tipo é formal e solene, procurando cercar o exercício da função jurisdicional das mais amplas garantias e franquear às partes os mais largos caminhos de discussão, de prova e de impugnação das decisões. O procedimento assim estruturado - geralmente denominado comum ou ordinário - serve ao volume maior e principal das causas, às situações mais frequentes e destituídas de peculiaridades aptas a justificar um tratamento diferenciado. Por outro lado, como já ficou brevemente mencionado, esse procedimento por assim dizer genérico funciona também como um standard básico, seja no sentido de que a partir dele se constroem os outros, específicos, seja porque em numerosos casos a diversidade destes em confronto com aquele é parcial e condicionada, de tal sorte que o trâmite processual, iniciado em forma diferenciada, retorna ao leito comum do rito básico a partir de certo momento ou a depender de uma dada condição. A tudo isso se acresça que, exatamente por terem sido fixados como um modelo, os termos do procedimento especial prevalecem também no especial, na medida em que as regras jurídicas a este pertinentes sejam omissas: vale dizer, as normas do rito genérico enchem os vazios da regulação dos especiais, a estes aplicando-se subsidiariamente.

¹ Para além da adequação do processo ao direito material, Adroaldo Furtado Fabrício dá outras justificativas para a criação dos diversos procedimentos especiais: “A verdade, entretanto, é que os legisladores não se orientam somente por essa diretriz. O peso da tradição histórica, com as complicações e incongruências decorrentes de múltiplas fontes de influência, nem sempre coevas e entre si coe rentes; a eventual interpenetração, em um mesmo processo, de elementos de diversas modalidades de tutela jurisdicional (de cognição, de execução e de cautela); razões de conveniência momentânea e local, com caráter meramente emergencial; até mesmo a simples impaciência do legislador frente à morosidade do aparelhamento judiciário em contraste com a pressão da demanda social - tudo influi no sentido de retirar da vala comum do rito ordinário um número crescente de “ações”, em antagonismo com a recomendação da doutrina, esta cada vez mais inclinada à redução numérica dos tipos procedimentais como imperativo da simplificação e da racionalização.” (Cf.: FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: **Revista forense comemorativa – 100 anos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 591-614.)

Assim, ante as noções explanadas, adotar-se-á um conceito restrito de procedimento especial, o qual pode ser definido como aquele que represente um “desvio do modelo fundamental” (FURTADO FABRÍCIO, 2005, p. 591-614), isto é, “são especiais, pois, os procedimentos revestidos de especificidades que os tornam diferentes do procedimento comum” (MAZZEI; GONÇALVES, 2015, em fase de publicação).

Assentadas importantes premissas, passa-se a analisar o procedimento (especial) de adoção no Brasil.

4. O(S) PROCEDIMENTO(S) DE ADOÇÃO NO BRASIL

Para adotar-se uma criança, adolescente (art. 39, do ECriAd²), ou maior de 18 anos (art. 1.619, Código Civil Brasileiro - CCB³), no Brasil⁴, a via única é a judicial, existindo dois procedimentos a serem seguidos, conforme as peculiaridades do caso concreto: (i) habilitação para a adoção e (ii) demanda judicial de adoção.

O procedimento para a habilitação à adoção não segue o modelo de jurisdição contenciosa, perfazendo-se em autêntica jurisdição voluntária (COUTO E SILVA, 1977, p. 1-16). Por tal caminho, o interessado deve fazer uma inscrição prévia, a fim de que se submeta a uma série de análises por equipe especializada. O postulante deverá frequentar programa de preparação psicológica, nos termos do art. 197-C, §1º, do ECriAd⁵, e submeter-se à preparação psicossocial e jurídica por um período (art. 50, §3º, ECriAd⁶), sendo recomendável, ainda, que esteja em contato com crianças e adolescentes em condições de serem adotados (art. 50, §4º, ECriAd⁷). O Ministério Público intervirá no procedimento e, inclusive, poderá requerer a

² Art. 39, ECriAd. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

³ Art. 1.619, CCB. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴ Este trabalho tem como corte metodológico a adoção nacional, não adentrando no tema da adoção internacional.

⁵ Art. 197-C, § 1º, ECriAd. É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

⁶ Art. 50, § 3º, ECriAd. A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

⁷ Art. 50, §4º, ECriAd. Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com

designação de uma audiência para que o postulante seja ouvido junto com outras testemunhas (art. 197-B, II, ECriAd⁸). Após todo o período de teste e preparação, se for o caso, o interessado poderá ter a habilitação deferida e, assim, ser inscrito nos cadastros de adotantes (art. 50, *caput*, ECriAd⁹), “cuja ordem cronológica é obedecida quase cegamente” (DIAS, 2013, p. 522), conforme art. 197-E, §1º, ECriAd¹⁰. Somente quando chegar a vez do inscrito é que o postulante poderá adotar, se demonstrado o melhor interesse do menor.

Outro percurso possível para adotar alguém é a demanda judicial com pedido de adoção, o qual se constitui em caminho excepcional para obter êxito no intento. Geralmente, ela é proposta por pessoa que queira adotar um maior de idade ou por quem já tenha criança ou adolescente específico para ser adotado, podendo ser cumulada com o pedido de destituição do poder familiar; por isso, perfaz-se, muitas vezes, em procedimento de jurisdição contenciosa. A referida “ação” pressupõe o estágio de convivência (art. 46, *caput*, do ECriAd¹¹), o qual pode ser dispensado no caso de o adotando já estiver sob tutela ou guarda por tempo hábil o necessário para evidenciar vínculo afetivo (art. 46, §1º, ECriAd¹²). Dado o fato de ser uma “ação” de estado, o Ministério Público deverá intervir no procedimento.

Num e noutro *iter* procedimental, por imposição de lei, o adotando deverá ser ouvido sempre que possível, sendo de destacar que, se for maior de 12 anos, o consentimento do adotando será necessário para a efetivação da adoção (art. 28, §1º, ECriAd¹³).

Aqui, cumpre chamar a atenção para o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente – o qual, após a mudança promovida pela lei nº 12.010/2009, passou a dispor sobre a adoção – apenas regulamentou o primeiro procedimento acima explanado. Isso, porque o legislador considerou a habilitação para a adoção, com a inscrição em cadastro de adotantes, como sendo o caminho natural a ser percorrido por quem deseje adotar.

apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

⁸ Art. 197-B, ECriAd. A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá: (...) II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas.

⁹ Art. 50, ECriAd. 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.

¹⁰ Art. 197-E, §1º, ECriAd. A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

¹¹ Art. 46, *caput*, ECriAd. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

¹² Art. 46, §1º, ECriAd. 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.

¹³ Art. 28, §1º, ECriAd. Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

Dessarte, a lei dispôs com detalhes sobre tal caminho procedimental, especificando peculiaridades próprias, as quais dão um contorno de novidade ao procedimento. Ora, levando em conta que todo rito que não segue os detalhes do procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil pode ser considerado um procedimento especial, então, o legislador criou novo e especial procedimento para a adoção, o qual exige que o interessado seja acompanhado por equipe especializada antes da inscrição no cadastro e durante o processo de alocação do menor na família substituta.

Todavia, face o amplo direito de ação garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF¹⁴), nos casos não contemplados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou, se contemplados, mas em que há dispensa da prévia inscrição no cadastro (art. 50, §13, ECriAd¹⁵), havendo o interesse da parte em adotar alguém, ela deverá propor “ação” de adoção, a qual tem caráter excepcional – posto que a regra é seguir o procedimento especial da lei nº 8.069/1990 – e seguirá o procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil¹⁶.

O fato é que, no Brasil, como regra, para que um menor seja adotado, o postulante deve ser habilitado e inscrito em algum dos cadastros de adoção e, depois disso, deve aguardar a “sua vez”, já que existe uma sequência cronológica a ser seguida. Somente em casos excepcionais é que será possível adotar alguém sem estar previamente cadastrado, como no caso da adoção de uma pessoa maior de idade ou, levando em conta a literalidade da lei, nas hipóteses do art. 50, §13, do ECriAd, situações em que o postulante lançará mão de uma “ação” judicial de adoção.

5. O CADASTRO DE ADOTANTES E AS SUAS FINALIDADES

Conforme sustentado alhures, a forma em sentido amplo desempenha importante papel no processo. No caso específico do cadastro de adotantes, o qual pode ser encarado como peça

¹⁴ Art. 5º, XXXV, CF. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁵ Art. 50, §13, ECriAd. 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.

¹⁶ Cumpre destacar que o Código Processual Civil de 1973 prevê como modelo principal o procedimento comum pelo rito ordinário. Todavia, o Código de Processo Civil de 2015 passou a não fazer a distinção entre rito sumário e ordinário, dispondo tão-somente sobre um procedimento geral-modelo denominado “procedimento comum”.

chave do procedimento de adoção no Brasil, o formalismo foi pensando com propósitos nobres, os quais jamais podem ser desconsiderados pelo aplicador do direito.

Sabe-se que a lei prevê a criação de cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e, outro, de pessoas ou casais habilitados à adoção (art. 50, §5º, ECriAd¹⁷). Isso, com o objetivo de aumentar as possibilidades de os infantes serem adotados e com o fim de acelerar o procedimento, conforme ensina Maria Berenice Dias (2013, p. 507):

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção. Isso porque, se fosse necessário primeiro esperar a destituição do poder familiar para inserir a criança no rol de adotáveis e, depois, se partisse em busca de alguém que a quisesse, para só então proceder à habilitação do candidato à adoção, muito tempo passaria, deixando-se de atender ao melhor interesse da criança.

Deveras, a existência de um cadastro nacional não é hábil para substituir os cadastros locais. Aquele, ao contrário, serve para unificar as informações, de modo a facilitar o procedimento para colocação de um menor em família substituta.

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. Seu objetivo é integrar todas as informações dos cadastros locais, possibilitando, assim, que a criança ou o adolescente apto a ser adotado tenha a oportunidade de encontrar uma família adequada a seu perfil e a suas necessidades, em todo o território nacional. Com isso, o sistema esgota as possibilidades de manutenção das crianças e adolescentes no território nacional, sob a proteção do sistema de garantias organizado pelo ECA, e orienta o poder público no estabelecimento de políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária. (GOMES, 2013, p. 96-97)

Portanto, os cadastros visam prioritariamente facilitar a localização de uma família ideal para um infante-juvenil, mas ainda há outras finalidades como pano de fundo, dado que por meio das listagens prévias, com a observância, também, de uma sequência cronológica, o legislador tentou criar mecanismo para dar tratamento igualitário aos postulantes e para proteger os menores do tão asqueroso, mas ainda existente, tráfico de crianças e adolescentes. A respeito do assunto, importante trecho do excelente trabalho de monografia de Priscilla de Rezende (2015, p. 27):

É inegável que inúmeras vantagens são conferidas aos cadastros do art. 50 do ECriAd, visto que eles têm função pública e regulamentadora, caráter preventivo e selecionador dos pretendentes, acolhem os aspectos psicológicos tanto do adotado

¹⁷ Art. 50, §5º, ECriAd. 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.

como dos adotantes, proporcionam igualdade entre os pretendentes, além de minimizar a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou a adoção por intermédio de influências escusas.

Ante todos esses inegáveis benefícios, não raras as vezes surgem opiniões no sentido de tornar a observância do cadastro e de sua cronologia de inscritos regra absoluta e inflexível a ser seguida, conforme se demonstrará. Todavia, alguns sérios inconvenientes podem surgir, especialmente em casos específicos que envolvem a adoção *intuitu personae*.

6. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A POLÊMICA INFRIGÊNCIA DO PROCEDIMENTO

Dá-se a adoção *intuitu personae* (ou adoção direta ou, ainda, para alguns, adoção dirigida) em duas situações distintas: (i) na hipótese de os pais biológicos do menor entregarem o seu filho para um terceiro, a fim de que este assuma o papel de educar, prover e cuidar do infante, num claro relacionamento paternal e (ii) na hipótese de certa pessoa ou casal ter o enorme anseio de adotar um infante-juvenil específico, em razão de manter com este relação afetiva paternalística.¹⁸

Quando ocorre um caso como algum desses, o Estado-Juiz, removido de sua posição de inércia mediante a ação proposta pelo interessado na formalização da adoção, acaba por encontrar-se num cenário que, não raras as vezes, mostra-se de solução difícil, posto que, muito embora a lei fria e seca aponte para o rigoroso caminho de que o cadastro de adotantes deve ser observado assim como a sua ordem cronológica, o caso concreto pode trazer à lume questões que evidenciam clara colisão entre o melhor interesse do infante e a segurança jurídica, esta consistente na observância do procedimento previsto em lei.

O grande problema que circunda a denominada “adoção direta” é que, em muitos casos, a mola impulsionadora de tal ato são interesses eminentemente egoísticos-patrimoniais dos pais do menor associados aos desejos egocêntricos de terceiros que não medem esforços – nem se abstém de descumprir a lei – para terem um filho adotivo. Nesse contexto, a adoção *intuitu personae* pode representar mecanismo arдил utilizado para facilitar o tráfico de infante-juvenis, o qual é fortemente combatido pela simples observância do cadastro de adotantes.

¹⁸ Sobre o conceito, Maria Berenice Dias esclarece: “Chama-se adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança.” (Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 510).

Entretanto, nem todos os pais que entregam o seu filho a terceiros o fazem com objetivos escusos, abjetos ou vis; muitos pais, ao contrário, são movidos por forte altruísmo e pelo mais profundo sentimento de amor e carinho. Num país tão desigual e pobre como o Brasil, mostra-se perfeitamente natural haver mães que, em razão da péssima estrutura econômica e social que as circunda, preferem entregar os seus pupilos para serem criados por famílias estruturadas, as quais poderão garantir uma vida mais digna aos rebentos.

De maneira idêntica, nem todos os que adquiriram um infante-juvenil por via diversa da prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente assim procederam de má-fé, ou com objetivos de satisfação do ego ou, ainda, mediante financiamento do submundo do tráfico de menores. Muitos são os casos de pessoas que recebem crianças para educar em razão de abandono dos pais, ou, ainda, escolhem proteger menores dos maus-tratos dos genitores, não havendo em nenhuma dessas situações atitudes vis, mas apenas comportamentos de elevada nobreza.

Eis que o problema se firma ao ser analisada a literalidade contida em dispositivos específicos do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o mencionado microsistema normativo somente autoriza a adoção, se promovida por pessoas inscritas nos Cadastros de Adotantes e sendo observada a ordem cronológica, regra que pode ser excepcionada apenas em três hipóteses, nos termos do art. 50, §13:

Art. 50, §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.

Percebe-se, portanto, que muitas das modalidades de adoção *intuitu personae* não estão contempladas de forma expressa em lei, notadamente nos casos em que uma mãe dá a terceiros o seu filho, para que eles cuidem do infante.

Assim, parte da doutrina passou a defender que o procedimento do cadastro prévio deve ser observado a todo e qualquer custo, notadamente porque, dessa forma, evitam-se ilícitos. Nesse sentido, Murilo Digiácomo (2010):

Quis o legislador, de um lado, privilegiar a tutela ou guarda legal em detrimento da guarda de fato, assim como criar entraves à chamada —adoção *intuitu personae*, que geralmente envolve crianças recém-nascidas ou de tenra idade, que são confiadas à

guarda de fato de terceiros, de forma completamente irregular, não raro à custa de paga ou promessa de recompensa (caracterizando assim o crime tipificado no art. 238 do ECA). Pessoas interessadas em adotar devem ter consciência de que o único caminho a seguir é o caminho legal, com a prévia habilitação (e preparação) à adoção, não podendo a Justiça da Infância e da Juventude ser complacente com aqueles que agem de má-fé e/ou usam de meios escusos para obtenção da guarda ou adoção de uma criança.

Tal raciocínio legalista, aliás, acabou por encontrar guarida na Jurisprudência pátria. Assim, destaca-se a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CRIANÇA ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA À AUTORA NÃO HABILITADA NO CADASTRO DE ADOTANTES. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 50 DA LEI 8.069/90. CARÊNCIA DE AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. CONDIÇÕES DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267 CPC. ABRIGAMENTO DE CRIANÇA. INVIABILIDADE. RETORNO AO CONVÍVIO DA MÃE MATERNA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE ALTERADA DE OFÍCIO. É de rigor a fiel observância da sistemática imposta pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, somente se deferindo a adoção a pessoas previamente cadastradas e habilitadas. Não tendo a apelante realizado o cadastro prévio, nem atendido aos procedimentos de adoção na Vara da Infância e Juventude, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir. Negado o pedido de adoção, deve a criança retornar à guarda da mãe biológica, enquanto não houver motivos para sua extinção (artigo 1635 do Código Civil) e for isso declarado em decisão fundamentada, proferida sob o crivo do contraditório. (TJPR. 11ª C. Cível. Ac. nº 0541417-1, de Ponta Grossa. Rel. Juiz Subst. 2º G. Luiz Antônio Barry. Unânime. J. em 27/05/2009). (Grifo nosso)

Todavia, muito embora se reconheça a força dos argumentos daqueles que defendem a inflexibilização do procedimento legal, entende-se que a interpretação mais alinhada com o processo constitucionalizado segue por outro caminho, conforme se passa a discorrer.

7. O PAPEL PARTICIPATIVO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EXIGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO PROCESSO

Sabe-se que os códigos oitocentistas foram pensados para abarcar em seu bojo todo um ramo do direito, isto é, tinham como ideia fundamental a completude. Os primeiros códigos brasileiros seguiram pela mesma trilha, sendo importante destacar o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973. Aquele tinha a pretensão de regular todo o direito privado; este, todo o processo civil.

Ocorre que o desejo original não pôde ser satisfeito, já que a sociedade brasileira se desenvolveu, tornou-se complexa e, assim, começou a exigir a confecção de novas normas hábeis de contemplar questões sociais antes não previstas nos códigos (MAZZEI, 2005, p. 9-156). Com efeito, foi inevitável o surgimento de microsistemas, podendo-se exemplificar, no caso do ramo processual, com a lei nº 7.347/1985 (lei da ação civil pública), dentre outras.

Assim, com o entendimento de que, especificamente, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) não poderia regular toda a diversidade de procedimentos do processo civil exigida por uma sociedade em constante desenvolvimento e mutação, a Constituição de 1988, ainda, tratou de fincar novos limites e funções do Código. Isso, porque a Lei Maior abordou os mais variados assuntos, incluindo processo.

Eis que o CPC/73 passou a ter o que Mazzei denominou de “função participativa”, “servindo de vetor direto ou de instrumento de ligação com os microsistemas para a efetividade constitucional” (MAZZEI, 2011, p. 264). Tal função, aliás, ganhou maior realce com o Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015, o CPC/15), posto que este foi já elaborado dentro da concepção em vigor do processo civil constitucionalizado, incorporando em seu teor diversos dispositivos que evidenciam a compreensão do “novo espírito”.

Não é à toa que o CPC/15 inaugura o seu conteúdo normativo dizendo, no art. 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (...)”. Portanto, o legislador reconheceu a força normativa da Constituição de forma expressa na lei.

Para além disso, a lei nº 13.105/2015, ainda, tratou de deixar claro que abandonou a ideia de completude, típica de códigos anteriores. Não sem razão, contemplou dispositivos que preveem a disciplina de processo civil por outras leis, cabendo ao Código Novo servir de conteúdo subsidiário e suplementar, conforme se observa, por exemplo, no art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Diante de tal cenário, pontua-se que o procedimento especial de adoção previsto na lei nº 8.069/1990 não pode ser analisado de forma isolada. Deveras, o estágio atual do processo impõe uma interpretação sistemática dos procedimentos legais, os quais precisam ser vislumbrados à luz da Constituição e levando-se em conta a função participativa do Código de Processo Civil.

7.1. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA CABÍVEL: FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Pois bem, até aqui ficou demonstrado que, para adotar-se no Brasil, deve-se seguir o procedimento de cadastramento prévio, nos termos do art. 50 do ECriAd, bem como se deve seguir a ordem cronológica das inscrições (art. 197-E, §1º, ECriAd¹⁹), sendo que só em excepcionais hipóteses previstas em lei é que alguém não cadastrado pode proceder com a adoção mediante “ação” judicial, notadamente se o adotando for maior de idade ou nas hipóteses previstas no §13 do art. 50 supramencionado.

Ocorre que existem situações fáticas que podem tornar a regra procedimental um tanto quanto anacrônica, especialmente nas circunstâncias de adoção *intuitu personae*.

Cita-se, para modo de exemplificar, o caso de um bebê que foi entregue pelos pais a um casal logo quando nascera. Destaca-se que a motivação dos pais em doarem o rebento foi o fato de eles, os genitores, serem extremamente pobres, viverem em situação marginalizada e, por isso, não poderem cuidar da criança como gostariam; em outras palavras, doaram por amor. Frisa-se, ainda, que o casal que recebeu o recém-nascido num cesto, em sua casa, passou a cuidar do neném como seu filho por quase um ano, tendo amamentado, vacinado, passado noites em claro para medicar e acalantar a criança quando doente; em termos mais simples, formou-se óbvio vínculo afetivo do bebê com o casal, e vice-versa.

Numa situação como a narrada, caso o referido casal proponha “ação” de adoção, os pretensos pais afetivos poderão frustrar-se ao receber uma sentença de improcedência do pedido, caso o juiz que venha julgar a causa opte por seguir interpretação ultrapassada da lei (formalismo excessivo, como se verá). Todavia, se o magistrado prosseguir por uma interpretação não silogística nem legalista, mas tendo em conta uma visão sistemática do direito, o julgador poderá cumprir o seu nobre papel, com maestria: fazer justiça no caso concreto (formalismo valorativo, como se mostrará).

Aliás, sobre a questão, o Novo Código de Processo Civil – o qual, muito embora ainda não esteja em vigor, possui dispositivos perfeitamente aplicáveis desde já, posto que correspondem a princípios e regras do ordenamento jurídico como um todo – dispõe que:

Art. 15. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁹ Cf.: nota 10.

Diante de tal enunciado, é evidente a postura que deve assumir o magistrado ao julgar: olhar o sistema de um forma ampla. Isso, porque o legislador consignou a expressão “ao aplicar o ordenamento jurídico”, que vem a significar que o juiz deve deixar de lado a atitude interpretativa centralizadora, que foca na análise isolada de uma lei ou, mesmo, de um dispositivo legal, para assumir a postura de ver as normas dentro de um todo, o qual compreende os microssistemas, o Código de Processo Civil e a Constituição.

Nesse prisma, a máxima da proporcionalidade, referida no CPC/15, surge como elemento para dar equilíbrio à interpretação judicial, notadamente quando o caso concreto apresenta verdadeira colisão entre princípios. No exemplo mencionado da adoção *intuitu personae*, dois princípios fundamentais do sistema devem ser devidamente analisados: a segurança jurídica e o melhor interesse da criança.

A segurança jurídica aponta para o cumprimento da regra procedimental prevista em lei, com o cadastramento prévio dos interessados na adoção e a observância da ordem cronológica do cadastro. Já o melhor interesse da criança dependerá da análise do caso concreto, pois o juiz deverá averiguar diversos fatores, como a qualidade das relações afetivas entre adotante e adotando, grau de inserção do adotando no grupo familiar, capacidade de adaptação do menor, círculo social dos adotantes, grau de desejo dos adotantes para terem um filho, nível de responsabilidade dos adotantes, condição social dos pretensos pais etc (KUSANO, 2006, p. 141-146).

Assim, analisadas essas circunstâncias, deverá o julgador sopesar a segurança jurídica com o melhor interesse do menor, cabendo o destaque de que, impreterivelmente, a balança deverá pender para a satisfação do interesse mais adequado ao infante-juvenil, posto que, no caso de adoção, tal princípio tem maior peso, visto que é desdobramento da dignidade da pessoa humana, tendo sido colocado em realce no art. 227, *caput*, da Constituição²⁰ e em diversos dispositivos do ECriAd, merecendo destacar:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

²⁰ Art. 227, *caput*, CF. 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.

De tudo isso, é possível inferir que, uma vez que o processo não pode ser encarado como um fim em si mesmo (BEDAQUE, 2006, p. 06-26), de igual forma o procedimento de adoção previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser encarado como uma regra inflexível, desconsiderando-se diversas peculiaridades do caso concreto. Certamente, podem surgir inúmeros casos em que o melhor interesse do menor aponte a necessidade de ser afastada a regra da observância da ordem cronológica do cadastro ou, mesmo, da própria inscrição no cadastro.

Nesse sentido, entende-se que o art. 50, §13, do ECriAd²¹, deve sofrer interpretação conforme a Constituição, de modo que deve ser visto como não contemplando em seu bojo rol taxativo, mas exemplificativo de hipóteses em que o cadastro prévio não precisa ser observado.

Também, o §1º, do art. 197-E, do ECriAd²², não deve ser interpretado de forma restritiva, como se a ordem cronológica do cadastro só pudesse ser flexibilizada nas hipóteses do art. 50, §13, do ECriAd. Deveras, tanto a necessidade de inscrição do adotante no cadastro quanto a observância da ordem cronológica podem ser afastadas, se tal medida flexibilizadora for exigida para satisfazer o melhor interesse do adotando.

Com essas premissas, mostra-se louvável julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu peremptoriamente não ser absoluto o cadastro de adotantes. Assim, vejamos:

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.** (STJ - REsp: 1172067 MG 2009/0052962-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 18/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2010). (Grifo nosso)

7.2. CONDIÇÕES AFERÍVEIS NO CASO CONCRETO PARA O DEFERIMENTO DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

²¹ Já citado no corpo deste artigo.

²² Cf.: nota 10.

Diante da constatação de que uma interpretação sistemática pode levar ao deferimento da adoção *intuitu personae*, flexibilizando-se o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, devem-se fazer algumas ressalvas.

Primeiro, frisa-se que o melhor interesse do menor deve ser o farol de iluminação interpretativo. Por isso, o magistrado deverá apurar se o adotando já tem vínculo sócio-afetivo com os pretensos adotantes e se eles representam o “porto-seguro” para o infante-juvenil, no sentido de garantirem ao menor as condições éticas desejáveis, um padrão social de vida digna, o amor e o carinho devidos, etc. Assim deve ser, porque diferentemente do que se entendia no passado – quando era vista como “a busca de uma criança para uma família” –, a adoção é encarada, hoje, como a “busca de uma família para uma criança” (DIAS, 2013, p. 482). Para além disso, o juiz deverá, também, apurar se a remoção do menor do seio da nova família será ou não traumático para o adotando, pois se for, haverá enorme indício de que o infante-juvenil deve ficar com os adotantes que propuseram a demanda.

Segundo, deve-se ressaltar que, muito embora os adotantes não tenham seguido o procedimento especial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, ora porque não foram inscritos no cadastro ora porque não obedeceram a ordem cronológica, ainda assim, na adoção *intuitu personae*, eles devem ser assistidos por equipe especializada, para que esta faça a análise psicossocial dos pretensos pais e acompanhem o procedimento de inserção do menor em família substituta. Portanto, também a eles se aplica o disposto no art. 197-C, do ECriAd:

Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

§ 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

§ 2º Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Terceiro, cumpre consignar que não pode existir no caso concreto nenhuma prova ou evidência relevante no sentido de demonstrar que os adotantes adquiriram o menor por vias

escusas e ilícitas, como mediante o comércio de infanto-juvenis²³. Do contrário, o Judiciário estaria a incentivar práticas antijurídicas, o que não se coaduna com a superioridade moral do Estado.

Por derradeiro, é importante destacar que, sempre que for possível, o menor deverá ser ouvido, nos termos do art. 28, §1º, do ECriAd: “Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.”

Observadas as premissas fixadas e essas ressalvas, a adoção *intuitu personae* poderá ser deferida tranquilamente pelo julgador, como medida para a consecução da justiça no caso concreto (equidade).

8. O FORMALISMO EXCESSIVO E O FORMALISMO VALORATIVO

²³ No mesmo sentido, conferir o item V da seguinte 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 - E 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. (STJ, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 18/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA). (Grifo nosso)

Toda a fundamentação desenvolvida neste trabalho apresenta instrumentos bastantes eficazes para combater o denominado “formalismo excessivo”. Este se consubstancia no emprego da forma como um fim em si mesmo, desalinhada com as suas finalidades básicas (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2007, p.125-150).

Por isso, pode-se afirmar que a linha defendida aqui se adequa à fase processual do “formalismo valorativo”, a qual reconhece a importância da forma em sentido amplo, mas compreendendo que o formalismo está colocado com o objetivo de atender o direito material de forma satisfatória. Deveras, seguindo a teoria circular dos planos, “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele” (ZANETI, 2014, p. 191).

Nesse contexto, que representa uma guinada de cento e oitenta graus no lidar com o processo, as partes passam a desempenhar um papel decisivo no debate sobre os fatos e, também, sobre o direito (incluindo sobre procedimento). O juiz deixa de ser um “burocrata” e se humaniza, abrindo oportunidades para que todos se manifestem em par de igualdade no processo, o qual passa a ser visto como direito fundamental e como palco adequado para que todos, juntos, construam uma decisão justa (ZANETI, 2014, p. 218-243).

Em tal modelo, o juiz deve abandonar aquela tradicional visão positivista de que as soluções para os problemas da vida estão aprioristicamente contidos na lei²⁴, deixando de pedir *damihi factum dabo tibi ius*²⁵, e passando a assumir a postura de quem acredita que os fatos e o direito precisam ser debatidos em juízo, com ampla argumentação jurídica, para se chegar à decisão “ponderada”. A jurisprudência se torna fonte do direito e o processo se torna o palco ideal para debates dos mais variados tipos, como sobre a viabilidade ou não da flexibilização de procedimento específico, à luz do que está previsto na Constituição e considerando o papel participativo do Código Processual Civil em cotejo com os microssistemas processuais diversos.

É nesse cenário que se afirma: em determinadas situações que envolvem adoção *intuitu personae*, não flexibilizar o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente se consubstancia em formalismo excessivo, oco e vazio. Isso, porque, com tal atitude, estar-se-á dizendo que a forma é mais importante que a primazia do interesse do infante-juvenil. Aliás, o

²⁴ Sobre a concepção mais extremada (e ultrapassada) de um Judiciário ideologicamente alinhado com o formalismo jurídico (excessivo), Vitalius Tumonis: “*the courts are huge syllogism machines, operating by mechanical deduction*” (“os tribunais são imensas máquinas silogísticas, que operam mediante deduções mecânicas”, cf. TUMONIS, Vitalius. Legal realism & judicial decision-making. MRUNI, Lituânia, 12 de dezembro de 2012, Jurisprudence/ article, p. 1363. Disponível em: <<https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/107>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015, tradução nossa).

²⁵ Tradução nossa: “dê-me os fatos que eu lhe dou o direito”.

apego exagerado ao formalismo pode gerar efeito negativo reverso: levar pretensos pais “adotivos” a fugirem do Judiciário, por temerem perder por ordem judicial aquele pupilo com o qual já firmaram vínculo sócio-afetivo evidente. Eis que o formalismo excessivo pode, em vez de proteger os menores, levar à não regularização de adoções de fato diversas.

De outro lado, o reconhecimento de que o cadastro de adotantes não tem caráter absoluto, bem como de que a cronologia de inscritos nem sempre precisa ser rigorosamente observada, corresponde a defender que a forma não é um fim em si mesmo, mas que está posta para o atingimento de fins maiores (como o bem-estar do menor), levando-se sempre em conta uma interpretação sistemática do direito e com iluminação advinda da Carta Magna. Assim, põem-se em movimento os aspectos positivos que contornam a forma, para a satisfação dos anseios por justiça (formalismo valorativo).

9. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é possível chegar-se a algumas sucintas conclusões.

O formalismo desempenha importante papel no direito processual, posto que a forma em sentido amplo confere segurança jurídica ao procedimento, organiza-o de modo a livrá-lo do caos, serve como defesa contra arbitrariedades do Estado e, ainda, funciona como meio de evitar um “vale-tudo” entre as partes.

No caso específico do procedimento especial de adoção – que exige a inscrição dos pretensos adotantes num cadastro prévio com a observância de ordem cronológica –, a forma cumpre o papel, também, de proteger os infanto-juvenis do pernicioso tráfico de menores e de selecionar com mais cuidado a família ideal para o adotando.

Reconhecida a importância, porém, deve-se lembrar que a forma não pode ser encarada como um fim em si mesmo (formalismo excessivo), sob pena de situações concretas relevantes não pensadas pelo legislador serem desconsideradas e, assim, pôr-se em risco direitos relevantes dos jurisdicionados.

Nesse prisma, o julgador deve seguir pela linha do formalismo valorativo, a qual encara o processo como um direito fundamental imerso num sistema de diversos outros direitos fundamentais que precisam ser considerados, com proporcionalidade, no caso concreto.

Com base nessas premissas, entende-se que o procedimento especial de adoção previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente deve sofrer flexibilização diante de casos de adoção *intuitu personae*, desde que evidenciado o melhor interesse do infante.

Tal linha interpretativa, aliás, atende à função participativa do Novo Código de Processo Civil, o qual passa a ter a importante tarefa de servir como ponte entre os microsistemas e a Constituição, evidenciando que a fase das interpretações isoladas, legalistas e silogísticas já passou; está-se, agora, no momento de dar ao direito, incluindo o processual, interpretação sistemática que melhor atenda à justiça do caso concreto (equidade).

10. REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivim, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BÍBLIA. N.T. Êxodo. Bilíngue (português – inglês). **Bíblia Sagrada**. Nova Versão Internacional. São Paulo: editora Vida, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. XI – tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **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. Curitiba, 2010. Disponível em:
<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=108>.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: **Revista forense comemorativa – 100 anos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Manuela Beatriz. **Adoção intuitu personae no direito brasileiro**: uma análise principiológica. 2013. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MAZZEI, Rodrigo reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Visão geral dos procedimentos especiais no novo CPC**. 2015. (Em fase de publicação).

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro, editora Forense, 2005. P. IX-CXLVI.

_____. **O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal**. Revista da Faculdade Autônoma de Direito, v. 1, 2011. p. 264

REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. **Adoção intuitu personae à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 e da lei 12.010/2009**. 2015. Monografia. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

STJ, RESP 1.172.067/MG, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, data de julgamento: 18/03/2010, T3 – TERCEIRA TURMA.

TJPR,. Ac. nº 0541417-1, 11ª Câmara Cível, Rel. Juiz Subst. 2º G. Luiz Antônio Barry. Unânime. J. em 27/05/2009

TUMONIS, Vitalius. Legal realism & judicial decision-making. **MRUNI**, Lituânia, 12 de dezembro de 2012, Jurisprudence/ article, p. 1363. Disponível em: <<https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/107>>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

ZANETI Jr., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª edição. São Paulo: editora Atlas S.A., 2014.