



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**GIANI LUCAS FREITAS MELO**

**A (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS NETOS PELOS AVÓS: O AFETO  
COMO VALOR JURÍDICO**

**SOUSA-PB**

**2018**

GIANI LUCAS FREITAS MELO

**A (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS NETOS PELOS AVÓS: O AFETO  
COMO VALOR JURÍDICO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. José Idemário Tavares de Oliveira

SOUSA-PB

2018

GIANI LUCAS FREITAS MELO

**A (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS NETOS PELOS AVÓS: OAFETO  
COMO VALOR JURÍDICO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. José Idemário Tavares de Oliveira

Data de Aprovação: 06/12/2018

Banca Examinadora

Prof. M. Sc. José Idemário Tavares de Oliveira  
Orientador

Maria de Lourdes Mesquita  
Membro (a) da Banca Examinadora

Osmando Formiga Ney  
Membro (a) da Banca Examinadora

## DEDICATÓRIA

*À minha família. Meus pais, Lucineide Freitas e Gilmar Melo e meus irmãos, Gil Lúcio e Jorge Melo por terem sempre acreditado em mim.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que me trouxe até aqui, me protegeu e guiou todos os meus passos, me capacitando para os desafios enfrentados e conquistando vitórias comigo.

Aos meus pais, por terem me ensinado todos os reais valores da vida, pelo incentivo, confiança e, principalmente, por terem acreditado que eu podia chegar até aqui.

Aos amigos que a cidade de Mossoró me proporcionou, por todo apoio e pelo crescimento pessoal que me possibilitaram.

Aos amigos que a cidade de Sousa me proporcionou, por esses anos inesquecíveis de convivência e estudos.

Aos amigos da minha cidade natal, Severiano Melo, por desde a infância estarem sempre ao meu lado.

A meu orientador, José Idemário, por toda a compreensão, disponibilidade e ensinamentos que tornaram possível este trabalho.

*Em amor nos predestinou para sermos adotados como  
filhos, por meio de Jesus Cristo, conforme o bom  
propósito da sua vontade.*

*Efésios 1:5*

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo a análise da (im) possibilidade jurídica da adoção de netos pelos avós, que por receber vedação expressa pela norma contida no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), fomenta ponderoso debate jurídico no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Analisa-se a flexibilização da norma que tem como fundamento o princípio da afetividade e em outros a esse relacionados. Após a promulgação da Constituição de 1988 o adotando tornou-se peça fundamental no processo de adoção, devendo seu interesse, prevalecer em todas as circunstâncias ao do adotante. Dessa forma, atentar-se-á que a inaplicabilidade da Adoção de netos pelos avós em face da observância da confusão patrimonial e sucessória, prejudica o real benefício que a adoção deve atribuir ao adotando, pois nessa especial situação há ligação afetiva entre a criança e/ou adolescente com seu ascendente que muitas vezes, tendo-o sob sua guarda de fato, e assumido de forma voluntária o poder familiar, busca a tutela jurisdicional para efetivar legalmente a adoção. Na adoção de netos pelos avós, o afeto já está consolidado e a criança encontra-se totalmente inserida no ambiente familiar, não há pois razão para seu indeferimento simplesmente por existir uma confusão patrimonial. O objeto da pesquisa em foco foi desenvolvido com base no método dedutivo, e em relação aos procedimentos, o assunto abordado foi analisado com base na técnica de pesquisa bibliográfica, bem como, por meio de análises jurisprudenciais, com o intuito de auferir os objetivos desse estudo, traçando um paralelo entre a análise da temática e a problematização proposta.

**Palavras-chave:** Adoção. Adoção de Netos pelos Avós. Melhor interesse da Criança e do Adolescente. Princípio da Afetividade. Estatuto da Criança e do Adolescente. Jurisprudência.

## ABSTRACT

The objective of this monographic work is to analyze the legal (im) possibility of grandchildren's adoption by their grandparents that, due to the prohibition expressed in the Statute of the Child and Adolescent (Law No. 8.069/1990), promotes a strong legal debate in the doctrinal and jurisprudential context. It analyzes the relaxation of the norm that is based on the affectivity principle and on others related to it. After 1988's Constitution promulgation, the adopted ones became a fundamental piece in adoption process, and their interests should prevail in all circumstances over the adopter's interests. Thus, it will be seen that the inapplicability of grandchildren's adoption by their grandparents in the face of compliance with patrimonial and inheritance confusion, harms the real benefit that the adopted ones should attribute to adopting, since in this special situation there is an affective connection between the child or adolescent with his/her ascendants who, often, taking them under his/her de facto custody, and voluntarily assuming family power, seek judicial protection to legally effect adoption. In grandchildren's adoption by their grandparents, the affection is already consolidated and child is totally inserted in familiar environment, there is therefore no reason for its rejection simply because there is a patrimonial confusion. The object of this present research was developed based on the deductive method and, in relation to the procedures, the addressed subject was analyzed based on the bibliographic research technique, as well as jurisprudential analyzes, with the purpose of reaching the objectives of this study, drawing a parallel between the analysis of the thematic and the proposed problematization.

**Keywords:** Adoption. Grandchildren's Adoption by their Grandparents. Best Interest of the Child and Adolescent. Affectivity Principle. Statute of the Child and Adolescent. Jurisprudence.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO</b> .....	Erro! Indicador não definido.3
2.1 Histórico .....	<b>Erro! Indicador não definido.3</b>
2.2 Conceito e natureza jurídica .....	<b>Erro! Indicador não definido.4</b>
2.3 Evolução do instituto da adoção no Brasil .....	15
<b>2.3.1 Avanços da adoção no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	<b>16</b>
<b>2.3.2 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente</b> .....	<b>18</b>
2.4 Princípios norteadores do Direito de Família .....	19
<b>2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana</b> .....	<b>20</b>
<b>2.4.2 Princípio da afetividade</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>2.4.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>2.4.4 Princípio da proteção integral</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>3. ASPECTOS NORMATIVOS E PROCESSUAIS DA ADOÇÃO</b> .....	Erro! Indicador não definido.
3.1 Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil .....	25
3.2 Lei 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção .....	26
3.3 Requisitos da adoção .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.4 O cadastro nacional de adoção .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
3.5 Modalidades de adoção .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>3.5.1 Adoção Bilateral</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>3.5.2 Adoção Unilateral</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>3.5.3 Adoção Póstuma</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>3.5.4 Adoção Intuitu Personae</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>4. ADOÇÃO POR ASCENTE</b> .....	Erro! Indicador não definido.7
4.1 Adoção avoenga antes do Estatuto da Criança e do Adolescente .....	37
4.2 Vedação expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente .....	38
4.3 Posicionamento doutrinário .....	38
4.4 A preponderância da afetividade sobre as relações patrimoniais .....	40
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>49</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro vem passando por mudanças sociais e jurídicas que são as protagonistas do surgimento de novas visões acerca dos genuínos valores que norteiam as atuais relações familiares.

Ao considerar a afetividade como fundamento dessas relações familiares, o Estado se viu no dever de proteger, além dos laços familiares que surgem biologicamente, também os que vêm fundamentada na socioafetividade.

Percebe-se então que, existe uma maior valorização desses atuais modelos de família e, por consequência, deve haver uma mudança de concepções e de postura por parte dos intérpretes e aplicadores do Direito, uma vez que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui um grau elevado de supremacia na ordem constitucional do país e possui ainda, uma referência para todos os princípios do Direito de Família, a estes também dever-se-á garantir tamanha seriedade.

Sendo assim, o presente trabalho tem como problemática: por que a adoção de netos pelos avós é modalidade costumeiramente praticada e aceita pelos juristas mas possui vedação em lei? Através da resposta a essa indagação e como base no princípio da afetividade será demonstrado o quão relevante é necessária a mudança na regulamentação.

Nesse sentido, o escopo da monografia tem como objetivo geral analisar essa controvérsia existente entre a norma e a realidade atual, abordando sobretudo as razões que levaram o legislador a criar na década de 1990 esse impedimento, as vantagens dos julgados que os tribunais brasileiros vêm se posicionando em relação ao tema, bem como a divergência doutrinária a respeito desses julgados.

Desta forma, apesar da vedação do artigo 42, § 1 do Estatuto da Criança e do Adolescente, esse trabalho preza pela defesa da possibilidade de adoção avoenga,

desde que atenda o melhor interesse do menor e o laço de afetividade seja evidente, excluindo assim interesses patrimoniais que ensejam tal procedimento.

A escolha deste tema justifica-se pela necessidade de melhor compreender o fato altamente frequente na sociedade brasileira, visto que, se trata de um tema que merece o devido debate e reconhecimento pela concessão da temática. Faz-se assim, a necessidade de um estudo sobre o instituto da adoção de netos, bem como suas peculiaridades, por isso, busca respaldo em embasamentos jurisprudenciais e doutrinários que fazem oposição a vedação do Estatuto.

Para melhor entendimento quanto a estrutura do presente trabalho, é importante ressaltar que será composto por três capítulos, divididos de maneira a seguir:

No primeiro capítulo será abordado toda parte histórica do instituto da adoção, com ênfase na sua previsão do ordenamento jurídico brasileiro, assim como sua evolução até chegar nas leis vigentes a respeito do instituto. Como também, analisar-se-á alguns princípios norteadores do direito de família, para só assim, sustentar o objetivo geral da monografia.

Para maior familiarização com a adoção de netos, competirá ao segundo capítulo, inicialmente, analisar os aspectos normativos da adoção, a sua regulamentação nas leis infraconstitucionais virgentes, com enfoque nos requisitos para concessão e, ao final do capítulo versará sobre as principais modalidades de adoção nacional, com todas suas particularidades.

No terceiro capítulo, discutir-se-á os aspectos relacionais particularmente a adoção avoenga, como o ordenamento jurídico tratava sobre o tema antes do ECA e, por fim, será defendido a possibilidade da adoção dos netos pelos avós por força do princípio da afetividade com vista em alguns casos julgados pelo STJ concedendo essa hipótese de adoção mesmo depois da vedação do artigo 42, § 1 do Estatuto.

Para a elaboração do presente estudo utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem, o procedimento histórico evolutivo e monográfico. Como técnica de pesquisa, a bibliográfica, realizada através de pesquisa doutrinária, na qual foram utilizados artigos, doutrinas, fontes legislativas e análise à jurisprudências de alguns

Tribunais brasileiros, além da apreciação à Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e outros dados de relevância para o tema abordado.

## 2. O INSTITUTO DA ADOÇÃO

### 2.1 – HISTÓRICO

O instituto da adoção tem origem remota. É um dos institutos mais antigos que existem. Antigamente, a adoção tinha significado diferente da atualidade. Naquele tempo, tinha um propósito muito religioso, visto que na convicção dos povos antepassados, os chefes de famílias que morriam, sem deixar descendentes, para que cultuassem a sua memória, eram consideradas uma forma de desgraça. Pois, naquela época, eram os vivos que protegiam, os mortos. Por isso, era necessário a fé dos familiares vivos para se viver na tranquilidade da eternidade.

Com isso, resta salientar que, na antiguidade o instituto da adoção visava o melhor interesse do adotante. Que, através do culto familiar, garantia sua tranquilidade na vida após a morte.

Existem informações a respeito da adoção entre os povos da antiguidade. O Código de Hamurabi, especialmente, trazia duzentos e oitenta e dois dispositivos, nove somente sobre a adoção. Escrito por volta do século XIII a.C no Império Babilônico, reforça a importância da origem da adoção. Em alguns dos dispositivos desse código, traz a tona um dos problemas que até hoje é vivenciado, o de saber que o filho adotado pode ser reclamado de volta ao pai natural. Como por exemplo, no dispositivo 186 que diz: “Se um avilum adotou uma criança e, depois que a adotou, ela continuou a reclamar por seu pai ou sua mãe, essa criança adotada deverá voltar à casa de seu pai”.

Da mesma forma, entendia que era através dos cuidados e da educação dada do adotante para o adotado que tornava esse instituto indissolúvel. Conforme estabelecia o dispositivo 185 “ Se um homem adotar uma criança der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem”.

Mais especificamente nos países do ocidente foi onde a adoção teve grande relevância. Na Grécia, ela chegou a exercer uma grande função social. Porém, foi na cidade de Roma que o instituto se expandiu, conforme (MADALENO 2013), pelo simples fato da religião ter uma forte influência sobre as famílias, obrigando ao pater dar as honras e continuidade às tradições antepassados.

Já na Idade Média, a adoção entrou em decadência. Levando-se em consideração que o instituto pregava finalidades contrárias aquela época, pois não era relevante deixar herdeiros porque quando alguém morria, todos os seus bens eram deixados para a igreja católicas e para os senhores feudais. O Cristianismo foi o maior responsável por esse enfraquecimento, pois as pessoas tiveram a descrença que precisariam de herdeiros para realizarem cultos e assim, possui uma vida tranquila após a morte. Esse medo não existia mais.

A adoção ressurgiu nas reformas sociais que a Revolução Francesa trouxe e conforme (RIZZADO, 2009), foram adotadas pelo código de Napoleão de 1.804 onde surgiram novas regras a respeito do instituto, de uma forma especial que, o próprio Napoleão não tinha herdeiros.

## 2.2 – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

É com base na natureza jurídica da adoção e em seus desdobramentos que compreendem-se com mais facilidade o conceito desse instituto. Dada a divergência doutrinária a cerca tema, deve-se levar em consideração a teorias dominantes no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns consideram a adoção como um ato solene, onde-se constrói um vínculo fictício de filiação independentemente de existir qualquer relação de parentesco. Por outro lado, há ainda quem considera um contrato.

Quanto a primeira corrente, que consideram um ato solene de um processo legal de transferência de direitos e deveres dos pais biológicos para os pais adotivos, bem como aos adotados todos os direitos e deveres intrínsecos à condição de filho legítimo, conforme (Bizzardo, 2014) não se trata de um contrato, como é concebido o instituto por sistemas jurídicos que reclamam tanto a manifestação da vontade do adotante como a do adotado, se for maior, ou de seus representantes legais, se for menor. Dessa forma, Maria Helena Diniz (2012, P.416) pronuncia:

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Em um viés totalmente contrário a esses posicionamentos, a corrente contratualista leva em consideração a vontade das partes. Porém, não permitem às partes negociarem as condições do contrato, já que devem respeitar a legalidade. Seguindo o entendimento de Silvio Rodrigues (2007) a adoção é um negócio unilateral que gera direitos e deveres para apenas um dos pólos, qual seja o dos adotantes.

Independentemente de qual natureza do instituto o que vale ressaltar é o que dispõe o artigo o parágrafo 5º do artigo 227 da Constituição Federal, ao dizer que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, que na forma da lei, estabelecerá casos e condições de efetivação da adoção. Isso é de grande relevância pois, ao contrário do passado, as normas da adoção não eram ditadas pelo Poder Público, conforme elucidado no tópico anterior.

A adoção, pois, é mecanismo que determina a filiação, estabelecendo o parentesco entre pessoas não ligadas biologicamente, mas dispostas a se fazerem pais e filhos, a formarem uma instituição familiar com todos os elementos basilares que a esta são inerentes, preponderantemente o afeto. É conferida, portanto, com a adoção, o estado de filho ao adotado, com todos os efeitos a esse inerente.

A principal finalidade da adoção pauta-se na colocação do adotando em um núcleo familiar, de modo a integrá-lo plenamente nesse novo ambiente, garantindo-lhe um desenvolvimento físico e psíquico de que lhe é devido e necessário e garantido a ele, o acolhimento e o amor.

### 2.3 – EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO BRASIL

O instituto da adoção no Brasil está vivenciando um processo de grande evolução, no qual tanto a legislação quanto as doutrinas e jurisprudências que versam sobre, vêm mudando e se adaptando à constituição de novas relações familiares e à nova roupagem que o Direito de Família vem adquirindo, como demasiadamente estudado nos tópicos anteriores.

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo Maciel (2013, p. 206): “a adoção sempre foi prevista em lei. Existia nas Ordenações do Reino, que vigeram em nossa terra após a Independência”.

Essas, também denominadas Ordenações Filipinas, não se vigorava propriamente a adoção, mas apenas alguns aspectos acerca do relacionamento entre adotante e adotado, ao assentir sua utilização, o que culminava na descrença do instituto e sua conseqüente inutilização.

### **2.3.1 – Avanços da adoção no ordenamento jurídico brasileiro**

A partir do Código Civil de 1916 que a adoção foi realmente disciplinada no Brasil, apesar de ter sofrido muita oposição, sendo implantado, inicialmente, de modo estrito e inacessível. Em decorrência disto, afirma Gonçalves (2017, p. 377):

O Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara. Por essa razão, a adoção só era permitida aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, pressupondo-se que, nessa idade, era grande a probabilidade de não virem a tê-la.

Por um bom tempo, a ideia que o adotado teria uma nova família, não mais tendo relação com o parentesco natural não fez parte do Código de 1916. Há relatos, que, o adotado, apesar de ter um novo laço de afeto, ele ainda permanecia ligado aos parentes consanguíneos. Gonçalves (2017), expõe que o art. 378 do mencionado diploma dispunha que “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo.

Com o tempo, porém, o interesse dos adotados passou a se sobrepor ao interesse dos adotantes, decaindo a natureza jurídica meramente contratual que a adoção possuía no antigo Código Civil de 1916, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo mudanças tanto no cenário social quanto no âmbito legal desde que, não tivessem prole legítima. Levando em consideração a baixa probabilidade de não ter filhos nessa idade.

Foi só então que, conforme Gonçalves (2017), com advento da Lei n 3.133 de 08 de maio de 1957, a adoção foi mudando suas finalidades e com ela, facilitando a prática do instituto. Permitindo que pessoas com 30 (trinta) anos de idade poderiam



adotar. Assegura o autor Rizzardo (2014) que, uma outra diferença de idade, diz respeito ao adotante e o adotado, que era de dezesseis anos. De outro lado ficou permitida a adoção mesmo que o adotante tivesse filhos ilegítimos, legitimados ou reconhecidos. Todavia, não eram favorecidos os direitos hereditários em favor dos adotados. Se alguém era casado, a adoção somente seria permitida depois de transcorridos cinco anos do casamento.

Com o advento da lei 4.655 de 1965, uma das maiores novidades no instituto da adoção foi em respeito a igualdade de direitos e de deveres entre o filho adotado com o filho consanguíneo. Praticamente passaram-se a ser considerados iguais. Da mesma forma inovou ao criar no ordenamento brasileiro a “legitimação adotiva”. O autor Gonçalves (2017, p.278) conceitua como sendo uma

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

Em conformidade a essas modificações, passou-se a compreender a adoção como um ato mais de amor do que de interesses econômicos. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 907) elucidam acerca dessa transformação ocorrida pela adoção:

No que tange à adoção, a norma constitucional (art. 227, § 6º)<sup>2</sup> implantou significativo avanço, afastando o seu caráter contratual. Em decorrência, o filho adotivo ganhou tratamento igualitário, sendo tratado sem nenhuma distinção em relação aos filhos biológicos, inclusive sendo assegurado o direito sucessório que, outrora, lhe era negado. Restou totalmente incompatível o sistema de adoção do Código Civil de 1916, cujo escopo era oferecer a oportunidade de ter filhos a quem não os possuía ou não poderia tê-los por mecanismo biológico-sexual.

Até então, existia apenas uma forma de adoção, a simples. Que, com a codificação no Código de 1916 e posteriores introduções legislativa, passaram-se aperfeiçoar o instituto ao seu objetivo mais marcante, que é garantir o pleno desenvolvimento do adotante com proteção e carinho.

Desta forma, com o advento do Código de Menores de 1979, passou a existir a adoção plena, dando ênfase somente ao menor em situação irregular. Quando, pelo

Código de 1916 o adotado permanecia com vínculos com seus pais biológicos e corria o risco de ser revogado, pois era levado em consideração a vontade das partes. Ao contrário desta, a adoção plena, permitia que o filho adotado fosse inserido na nova família como se filho de sangue fosse com possibilidade de modificar seu nome e apagar o anterior (da família natural).

A doutrinadora Dias (2016, p. 475) destaca:

O vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes.

A adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos, esse tipo era realizado mediante escritura pública e visava a adoção desses menores em situações irregulares. Já a adoção plena era aplicada aos menores de 3 7 anos, no qual o procedimento cabível era um procedimento judicial aliado ao assistencial. Desse modo, havia então o cancelamento do registro civil original do menor e feito um novo (BORDALLO, 2014).

Foi neste contexto histórico que surgiu a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominado “*Estatuto da Criança e do Adolescente*”, que objetivou a plena efetivação de todos os direitos fundamentais de que devem dispor a que criança e o adolescente.

### **2.3.2 – Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a adoção passou por uma nova regulamentação e trazendo consigo um dos maiores avanços à respeito do instituto que foi a adoção plena aos menores de 18 anos.

Conjuntamente com esse avanço, adveio o princípio da proteção integral, que veda qualquer discriminação entre filhos biológicos e adotivos. Esse princípio desencadeou diversas transformações consideráveis no cenário da adoção. A adoção teve uma nova regulamentação. Passou a existir duas espécies de adoção, a civil e a estatutária. Sendo assim, o doutrinador Gonçalves (2017, p. 379) preleciona que:

A adoção civil era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente na família do adotante, permanecendo o adotado ligado aos seus parentes consanguíneos, como já mencionado, exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante, modalidade está limitada aos maiores de 18 anos. A adoção estatutária era a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 anos.

Foi a partir de então que a adoção, passou a priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente, influenciando diretamente na outorga ou não, do pedido de adoção.

## 2.4 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Estando a instituição familiar em constante mudanças, o Direito de Família exige o conhecimento de suas conexões com outros sub-ramos do Direito Civil, com isso, deve-se entender que o Direito Civil e mais especificamente, o Direito de Família como ramo desse, recebe como maior influência o Direito Constitucional, que o perfaz apoiado em princípios e regras características dessa área.

São inúmeros os princípios que constituem, hoje, o Direito de Família, dando-lhes orientação para a interpretação e aplicação normativa ou jurisprudencial.

Neste novo sistema de interpretação do Direito de Família, destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais regulamentam interesses particulares, sobrelevando a “*constitucionalização do direito civil*”. Foi a partir daí que os direitos fundamentais passaram a ser dotados do mesmo sentido tanto nas relações públicas quanto nas privadas, sobrepondo-se, os princípios constitucionais, à posição outrora ocupada pelos *Princípios Gerais do Direito*. (PEREIRA, 2005)

Como já abordado, o núcleo familiar, desde os tempos mais remotos, vem sofrendo alterações, por conseguinte, para abarcá-las, o Direito de Família, adota por princípio básico a dignidade da pessoa humana, do qual se abordará a seguir, passando a ser este o cerne de todo o sistema jurídico constitucional.

Ainda, antes de adentrar na abordagem minuciosa dos princípios preponderantes do Direito de Família, é importante ter em mente que, seja de forma explícita ou implícita, todos possuem o mesmo valor, não havendo hierarquia, ainda que o

princípio da dignidade da pessoa humana seja considerado para alguns doutrinadores, a exemplo de Dias, um macroprincípio, este está intimamente ligado a todos os outros.

Frise-se que são inúmeros os princípios que norteiam o Direito de Família, mas irá ser retratado os principais e mais influentes no seu objeto de estudo.

#### **2.4.1 – Princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, que dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana.

Este princípio no âmbito familiar diz respeito a realização existencial com dignidade aos componentes familiar, em especial, aos filhos. Afinal, deve-se priorizar os cuidados dos menores, dando-lhe carinho e proteção necessária, independentemente de vínculo com o menor. E é em nome da afetividade que a Constituição Federal assegurou direitos e deveres a família e ao Estado para que pudessem, com absoluta prioridade, assegurar proteção integral aos menores, conforme dispõe o artigo 227 da CFRB/88

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, é evidente que, o direito de família possui uma relação forte com os direitos humanos e à dignidade, onde se reconhece juridicamente a igualdade entre homens e mulheres e, principalmente, a igualdade entre os filhos tendo a afetividade como valor primordial dessas.

O doutrinador Nader (2016), assegura que é no Direito de Família, em toda sua abrangência, que está a tutela da dignidade humana que abrange todo o Direito de Família, sendo aplicada tanto na constituição e desenvolvimento das relações familiares, quanto em sua dissolução, pois é nessa instituição que se centra a pessoa, em relação de pró existência com as demais.

#### **2.4.2 – Princípio da afetividade**

Inicialmente, vale destacar que este princípio prepondera nos modelos das famílias atuais, pois estas se fundam, acima de tudo, no afeto e na sua conseqüente busca pela felicidade de seus integrantes.

Diversas doutrinas e jurisprudências abordam este princípio como pilar para a satisfação das relações familiares ou até mesmo para a construção de novas relações que não estejam juridicamente normatizadas.

Por outro viés, alguns doutrinadores sustentam que, o princípio da afetividade possui uma expressão subjetiva que podem levar a inúmeras interpretações a exemplo da poligamia. Questionando se o afeto entre duas ou mais pessoas se sobressaia em relação as normas.

Não obstante, proclama a ilustre doutrinadora Dias, (2016, p 55) a base constitucional implícita desse princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo que a a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

A partir desse posicionamento se evidencia que o afeto é elevado pela Carta Magna a valor jurídico, com implicações similares ao vínculo proveniente dos laços sanguíneos.

A afetividade se alicerça também na igualdade entre os filhos biológicos e adotivos e assegura, da mesma forma, o respeito dos seus respectivos direitos

fundamentais. Tendo assim, como fundamento, o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, o qual possui a seguinte redação: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Atendendo assim um reclame social que era tido como contrário no código civil de 1916 que, como esclarecido acima, havia tratamento distinto dos filhos.

A adoção como escolha afetiva foi consagrado na carta magna. Foi recebido com alívio pela sociedade, já que não se sustentavam mais os valores preponderantes utilizados pela codificação de 1916. Sendo assim, o artigo 227, § 5º possui a seguinte redação: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

Consoante Dias (2016), existem, ainda, dois fundamentos constitucionais como pilares desse princípio. A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, deverá ter dignidade e também será considerada família, como descrito no art. 226, §4º, CF; e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente, como prescrito no *caput* do art. 227 da CF. Esse fundamento também culminará no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que será posteriormente retratado.

### **2.4.3 – Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Estritamente relacionado ao princípio da afetividade. Esse princípio foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro, através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que adotou a doutrina da proteção integral. Trata-se do dever que o Estado tem, conjuntamente com a família e a sociedade, de priorizar o melhor interesse do menor.

Esse princípio trouxe uma nova roupagem nas relações patriarcais, pois construiu-se uma inversão de prioridade na relação entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nas situações que emergem conflitos. Isso ocorreu após a transmutação do pátrio poder, que existia em razão do pai e agora se intitula como poder familiar, centralizando o interesse do menor. (LÔBO, 2011)

Vale-se ressaltar, o amparo infraconstitucional trazido pela Lei da Adoção, 8.069 de 1990, que em seu artigo 39 §3º possui a seguinte redação:

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

§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

Por conseguinte, é de se reconhecer a importância de atender o interesse da criança e do adolescente, pois como formadores de uma futura sociedade é essencial uma concretização efetiva de seu bem-estar e convivência familiar.

#### **2.4.4 – Princípio da proteção integral**

Com amparo constitucional e infraconstitucional, esse princípio é propulsor em trazer à tona os maiores aparos legais dos direitos da criança e do adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990, trata desse princípio já em seu artigo primeiro onde assegura que todos os sistemas de garantias dos direitos dos menores são tutelados e devem ser observados sob a ótica da proteção integral.

É importante frisar que conjuntamente com a proteção integral, integra-se a absoluta prioridade. Devendo-se sempre buscar o que de melhor será para a criança. O seu melhor afeto, crescimento e desenvolvimento.

Nesse sentido, a autora Maciel (2017), afirma que a Carta Constitucional de 1988 assegura a proteção integral em seu art. 227, em perfeita harmonia com o princípio fundamental da pessoa humana, conforme elucidado anteriormente. Em sua obra Curso de Direito da Criança e do adolescente (2017, p 69), a autora preleciona que:

Família, seja natural ou substituta, já tem um dever de formação decorrente do poder familiar, mas não só. Recai sobre ela um dever moral natural de se responsabilizar pelo bem-estar das suas crianças e adolescentes, pelo vínculo consanguíneo ou simplesmente afetivo. Na prática, independentemente de qualquer previsão legal, muitas famílias já garantiam instintivamente primazia para os seus menores. Quem nunca viu uma mãe deixar de se alimentar para alimentar o filho,

ou deixar de comprar uma roupa, sair, divertir-se, abrir mão do seu prazer pessoal em favor dos filhos? É instintivo, natural, mas também um dever legal.

Com isso, pode-se extrair desse princípio que deve prevalecer inquestionavelmente a dignidade e o desenvolvimento da criança e do adolescente pois possuem, naturalmente, uma maior vulnerabilidade.



### 3 - ASPECTOS NORMATIVOS DA ADOÇÃO

Pode-se afirmar que consideráveis alterações ocorreram na legislação que trata da adoção. A Constituição Federal ao consagrar crianças e adolescentes como sujeitos de direito e determinar que a família, a sociedade e o Estado assegurem com prioridade esses direitos fundamentais, eliminou conceitos instituídos antes da promulgação da carta maior.

Diante disso, atente-se a noção de que a adoção está intimamente ligada ao afeto, pois que esse corresponde ao vínculo pelo qual os membros de uma determinada entidade familiar estão unidos. Porém, como já claramente discutido e estudado o instituto da adoção anterior a constituição federal de 1988, analisar-se-á neste, apenas as singularidades referentes a codificação nas leis infraconstitucionais e ao afeto a ela inerente.

#### 3.1 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CÓDIGO CIVIL

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominado “*Estatuto da Criança e do Adolescente*”, como explanado no capítulo anterior, introduziu grandes mudanças no instituto da adoção, que objetivou a plena efetivação de todos os direitos fundamentais de que dispõe sobre a que criança e o adolescente.

O Estatuto concretizou a doutrina da proteção integral, que veda qualquer discriminação entre filhos biológicos e adotivos. Como também desencadeou diversas transformações consideráveis no cenário da adoção. Sendo assim, conforme ensinamentos de Dias (2016), inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos.

Foi a partir de então que a adoção, passou a priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente, esse princípio influencia diretamente na outorga ou não, do pedido de adoção. Conforme os preceitos de Maciel (2018, p. 77) é possível compreender que:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto o melhor interesse para a criança deve ser observado. Não é o que o Juiz ou aplicador da lei entender mais benéfico, mas sim o que objetiva atender à dignidade do menor, com fundamento no desejo de amar e ser amado.

Por isso, em face das insatisfações da manutenção e reintegração do menor em sua família natural, a solução que vem sendo encontrada não possui amparo legal, mas, em nome do princípio do melhor interesse do menor, o infante, finalmente, pode ser inserido no colo de uma nova família, com ou sem vínculo sanguíneo.

O ECA, reservou treze artigos para tratar do instituto da adoção. Do artigo 39 ao 52 do estatuto, consideráveis alterações foram feitas. O doutrinador Silvio Rodrigues (2004) sustenta que a grande mudança trazida pelo Estatuto foi a de que nas adoções de menores de 18 anos passou a não existir adoção simples ou adoção plena, já que todas passaram a ser plenas. Ou seja, a partir de então, para os menores de 18 anos só se permite uma adoção, que gera todos os efeitos da antiga adoção plena.

Visto isso, era evidente que vinham divididas duas modalidades de adoção no ordenamento jurídico brasileiro. A do Código civil que amparava os maiores de 18 anos, e agora também, a do ECA, para os menores de 18 anos, cada qual com suas características.

É notório que o Estatuto é uma legislação mais específica a Código Civil 2002. Apesar de Código Civil ter disposto de algumas normas que se contrariaram com normas do ECA acerca da adoção, serviu de impulso para o posterior surgimento da Lei 12.010, em 2009. Essa lei revogou disposições específicas do Código Civil sobre adoção, mais especificamente as que se contrapunham a algumas do ECA, permanecendo naquele diploma apenas remissões genéricas e supletivas a esse. (ULHOA, 2012)

No entanto, conforme já apontado, a doutrina determina que o fato do Código abranger normas de caráter geral e o Estatuto abarcar normas específicas, este deve

prevalecer sobre aquele, por isso, o Código Civil se aplica a omissão do ECA, ou no que for compatível a ele. Dessa forma, explica Silvio Rodrigues, (2008, p. 339):

Assim, subsistem, por exemplo, para essa modalidade: a) a vedação de adoção por procuração; b) o estágio de convivência; c) a irrevogabilidade da perfilhação; d) a restrição à adoção de ascendentes e irmãos do adotando; e f) os critérios para a expedição de mandado e respectivo registro no termo de nascimento do adotado.

De uma maneira ampla, percebe-se que o Código Civil, no que trata sobre a adoção, buscou contemplar as orientações do ECA e da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, os efeitos que decorrem da adoção, que será abordado mais a frente, e acabam repercutindo na ordem patrimonial e pessoal do adotado, igualmente, sendo mantidos em relação aos maiores de idade. Neste viés, vale ressaltar que o Código Civil de 2002 consagra a doutrina da proteção integral e o respeito à dignidade humana.

### 3.2 – LEI 12.010/09 - LEI NACIONAL DE ADOÇÃO

Com o advento da Lei 12.010/09, denominada de Lei da Adoção, foi que esse instituto passou a ter caráter mais humanitário e uma função primordialmente social, com seus fundamentos norteados pelo propósito de dar um novo lar ao maior número possível de menores desprotegidos pelos seus pais biológicos.

Além disso, esse dispositivo infraconstitucional introduziu algumas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de ter revogado os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil relativos à adoção, dando ainda, nova redação a outros dois, quais sejam os artigos 1.618 e 1.619 referentes à adoção de pessoas maiores de dezoito anos, como explanado anteriormente.

Trouxe, ainda, uma nova regra no âmbito do processo de adoção, passando a ser considerada medida excepcional, como disposto no § 1º do art. 39, o qual somente após esgotadas todas as possibilidades de permanência em sua família biológica, seja seus genitores ou, excepcionalmente, seu ascendente a criança ou o adolescente deverão estar aptos à adoção. (PEREIRA, 2012). Assim está transcrito, no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que:

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Além das novas regras introduzidas ao processo de adoção, ressalta-se que ainda vigoram as normas específicas do ECA, em relação ao processo de adoção, onde estabelecem a) a vedação de adoção por procuração (art. 39, parágrafo único); b) o estágio de convivência (art. 46); c) a irrevogabilidade da adoção (art. 48); d) a restrição à adoção de ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, § 1º); e) os critérios para a expedição de mandado e respectivo registro no termo de nascimento do adotado (art. 47 e parágrafos); f) critérios para a adoção internacional (arts. 31, 51 e 52); g) a manutenção de cadastro de adotantes e adotados junto ao juízo da infância e da juventude e a prévia consulta aos órgãos técnicos competentes (art. 50, caput e § 1º) (GONÇALVES, 2017).

É importante salientar que, apesar do ECA conjuntamente com Código Civil terem alargado o conceito de família, foi através da Lei de Nacional de doção, que o conceito de família natural teve sua maior interpretação legislativa. Reconheceu-se na lei a importância de manter a criança no colo familiar natural e, se houver falta de carência ou de recursos materiais para uma criação digna para a criança, deve-se, então, ser essa família incluída em programa oficiais de auxílio que está amparado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 23, evitando-se, assim, que o menor seja inserido em instituições de acolhimento. (MADALENO, 2018).

Dessarte como fora explanado, a criança preferencialmente deve ser mantida com sua família biológica. Por isso, não há razões para inseri-lo em instituições de acolhimento se ele tem um parentesco para lhe oferecer o devido cuidado e amor. A afetividade ultrapassa os laços dos genitores e podem ser, na maioria das vezes, mais intenso quando encontrado nos braços dos ascendentes, por exemplo. E essa é, a ideia principal do trabalho, aprofundamento da afetividade na relação entre os netos e os avós. O limite juridicamente possível entre os dois. ~

### 3.3 – REQUISITOS DA ADOÇÃO

No que tange aos requisitos para o deferimento da adoção, o Estatuto da Criança e do adolescente elenca os principais para o direito material da adoção se concretizar. Para Gonçalves (2017, p. 396), os requisitos fundamentais para a concretização do instituto são:

- a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3o); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste se contar mais de 12 anos (art. 28, § 2o); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43).

Seguindo um raciocínio contrário, COELHO (2012, p. 183), preleciona que os requisitos são:

- a) inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa; b) vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante; c) consentimento dos pais do adotando e, sendo adolescente, também o dele; d) sentença deferindo a adoção, proferida em processo judicial, após o obrigatório estágio de convivência do requerente e o menor; e) capacidade e legitimidade do adotante.

Apesar da divergência doutrinária, verifica-se que os requisitos se complementam. Por esse motivo, será apreciado inicialmente os requisitos objetivos e, posteriormente, os subjetivos, presentes para a realização de um processo de adoção mais célere e, principalmente, que atenda o melhor interesse do adotado.

Em relação a idade das partes envolvidas no processo de adoção, o ECA traz a exigência que o requerente, aquele que vai adotar, tenha uma idade mínima para que se possa realizar esse ato jurídico. O artigo 42 da Lei nº 8.090, tendo sido alterado pela Lei nº 12.010/2009, em seu texto legal diz ser necessário a idade mínima de dezoito anos para adotar, desde que, o adotado tenha menos de dezoito anos de idade, como também, é indispensável que tenha uma diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado, segundo o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo. Em contrapartida, se o adotado for maior de dezoito anos de idade, o processo de adoção será regulamentado pelo Código Civil, não existindo limites de idade para o adotando.

Ao discorrer sobre a temática, a doutrinadora Maciel (2018) resta esclarecer que nem sempre foi assim. Conforme explanado anteriormente, o Código Civil de 1916 abrangia em seu artigo 368 que a idade mínima para se adotar era de cinquenta anos.

Um outro requisito que deve ser observado é o consentimento dos pais sangue ou dos representantes legais. Neste último caso, se faz necessário quando a criança ou adolescente já não se encontram aos cuidados dos pais biológicos, e sim sob a tutela ou curatela de alguém, como por exemplo, o pai ou a mãe ainda não atingiu a maioridade ou sendo portadores de alguma incapacidade relativa para atos da vida civil, conforme descreve o artigo 4 do Código Civil.

Se um dos pais biológicos desempenhar sozinho o poder familiar, por destituição ou suspensão do exercício, mesmo assim é necessário o consentimento do outro. Pois deve certificar se um dos progenitores possui condições para ter o filho junto a si. (RIZZARDO, 2014)

Evidentemente se os pais biológicos forem desconhecidos ou houverem sido destituídos do poder familiar o Código Civil em seu artigo 1.621, § 1, conjuntamente com artigo 45, §1 do ECA, dispensam o consentimento. (RODRIGUES, 2004)

Destaca-se que, para validade do consentimento, é imprescindível que seja confirmado pelo judiciário e na presença do ministério público. Não obstante, para alguns doutrinadores, o legislador não agiu bem ao permitir que esse consentimento seja retratado até a publicação da sentença. Pois seria notório o desgosto emocional que a criança e o adolescente terá com essa renúncia dos pais biológicos consentirem nesse ato jurídico. Assegura o autor Rodrigues (2004) que é evidente a traumática frustração das expectativas do menor e dos próprios adotantes.

Em contrapartida, a autora Maciel (2018), faz uma posição contrária. Ao dispor que o legislador agiu conveniente ao possibilitar a retratação do consentimento. Uma vez que, a família substituta é exceção conforme dispõe o artigo 19 do ECA, e a criança ou adolescente teria aberta a possibilidade de retornar a sua família natural.

O estágio de convivência, certamente é um dos requisitos que torna a adoção mais completa. É um período de avaliação e acompanhamento da nova família, com intuito de verificar a reciprocidade entre o adotando e adotante. Esse período se faz de extrema necessidade apesar de poder ser dispensado, conforme dispõe o artigo 46, § 1 do ECA 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.

Visto isso, vale ressaltar que nem mesmo a simples guarda de fato não possibilita a dispensa do estágio de convivência. De modo infeliz o legislador não concedeu a devida simplicidade para que os ascendentes que já estivessem com a guarda dos seus netos, pudessem converter todo aquele tempo já vivenciados juntos, com o devido cuidado e afeto em período de estágio de convivência computado.

Esse período de tempo vivenciados juntos, imprescindivelmente deve ser acompanhado por equipe multidisciplinar a serviço da Justiça da Infância e Juventude, em virtude da redação do texto legal do artigo 46, § 4 do ECA. Se por ventura, for evidenciado pela equipe que a adoção não é a melhor solução para o caso, o pedido deve ser julgado improcedente. (MACIEL, 2018)

Não há prazo mínimo ou máximo para o estágio de convivência, cabe ao magistrado levar em consideração cada caso concreto. O ideal é que dure enquanto conveniente à sua finalidade. A doutrinadora Diniz (2010) acrescenta que, se tratando de adoção por pessoa ou casal estrangeiro, o estágio, deve ser cumprido no Brasil com prazo mínimo de 30 dias, dando preferência a comarca de residência da criança ou do adolescente adotando, ou ainda, a critério do juiz, em cidade limítrofe, contanto que se respeite a competência do juízo da comarca de residência da criança, conforme dispõe o artigo 46, § 3 do ECA. Além disso, é importante frisar que, não há possibilidade de dispensa do estágio de convivência quando se trata de adoção internacional.

Quanto aos requisitos subjetivos, estes serão analisados de acordo com as particularidades de cada caso e sempre baseados nos princípios do melhor interesse do menor, da afetividade e da proteção integral.

Como detalhado no artigo 43 do ECA, como requisito subjetivo, deve-se analisar o efetivo benefício da adoção, ou seja, a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Um outro requisito subjetivo e inerente aos mencionados anteriormente, é a idoneidade do adotante, pois se trata do futuro desenvolvimento de uma criança ou de um adolescente, que está intimamente ligado ao princípio da proteção integral.

Ressalta-se que, todos esses requisitos possuem a mesma importância para o processo de adoção efetivar sua finalidade que, como explanado no capítulo anterior é, proporcionar uma vida digna ao adotando.

### 3.4 – O CADASTRO DE ADOÇÃO

Foi através da lei 12.010/2009, que o cadastro nacional de crianças e adolescentes foi criado, com fundamentos legais nos artigos 197-A e seguintes, do ECA. Objetivando garantir uma maior compatibilidade entre os adotantes e adotandos pela equipe interprofissional, o que tornará mais rápido o processo de adoção e, conseqüentemente, uma maior proteção ao infante. Com relação a esse Cadastro, assim preleciona o art. 197-E do ECA:

Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

§ 1º 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.

§ 2º A recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida.

O procedimento para a habilitação no cadastro se dará mediante o preenchimento, por parte dos pretendentes de um formulário, no qual deverão inserir dados pessoais e familiares, juntando cópias de diversos documentos. Após requerida a habilitação, terá a intervenção do representante do Ministério Público, bem como da equipe interprofissional do juízo, que elaborará estudo psicossocial, para dar suporte à análise de compatibilidade entre os adotantes e os adotandos cadastrados. Ainda se exigirá dos pretendentes a participação em curso ofertado pela Justiça da Infância e Juventude, consoante art. 197-C § 1º da Lei 12.010/09.

Para que se constitua a adoção, é imprescindível o prévio cadastro dos candidatos, mas a lei admite algumas exceções que será dispensável. O Artigo 50, § 13 do ECA dispõe que:

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.

De forma significativa, o legislador garantiu a possibilidade dos parentes que já possuem vínculos afetivos com a criança ou adolescente, serem dispensados da morosidade do cadastro de adoção que muitas vezes acaba dificultando o processo de adoção, tendo em vista a burocratização excessiva. Mesmo assim, a doutrinadora Dias (2016) destaca que, por força do artigo 50, § 14 do ECA, é necessário comprovar, durante o procedimento, que completa os outros requisitos da adoção, anteriormente citados.

Já é uma realidade brasileira a presença de adoções sem passar pelo cadastro prévio ou até mesmo, sem ter havido o devido processo legal. Por essas circunstâncias, o Judiciário não deve se omitir em analisar essas situações, pois mesmo que não estejam amparadas pela lei, continuam exercendo seu principal objetivo que é dar uma vida afetiva a uma criança ou adolescente.

Dessas situações recorrentes, a criação dos netos pelos avós é uma das mais frequentes no cenário brasileiro. Onde presente a omissão ou incapacidade dos pais biológicos, muitas vezes por condições financeiras ou psicológicas, de exercerem o poder familiar, acabam, deixando a criança ou adolescente com os avós.

Essa realidade, será minuciosamente abordada no capítulo seguinte, afim de apreciar sua relação com o princípio da afetividade e sua impossibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.5 – MODALIDADES DE ADOÇÃO

Como já explanado que, com o advento do código civil de 2002, qualquer tipo de adoção deve ocorrer através de uma ação judicial. Porém, ainda que exista um único sistema processual de adoção, são várias as modalidades desse instituto. A adoção se classifica como nacional e internacional. Aquela, subdivide-se em: bilateral,

unilateral, póstuma e intuito personae. Já a internacional pode ser bilateral ou unilateral.

A adoção nacional, se dar quando o adotante que pode ser brasileiro ou estrangeiro, residir no Brasil. Por sua vez, a adoção internacional, ocorre quando o país que a criança ou adolescente reside é diferente do país do adotante.

### **3.5.1 – Adoção Bilateral**

Acontece, quando duas pessoas decidem adotar alguém. O artigo 42 do Estatuto da criança e do adolescente não estabelece nenhuma diferenciação de estado civil para que se possa adotar. Ao discorrer sobre a hipótese, a doutrinadora Dias (2016) esclarece que, de um modo técnico, a lei fala em “casados civilmente”, mas para quem vive em união estável, não é necessário a comprovação documental da união. Basta que a convivência seja pública, contínua e duradoura e principalmente, haja o desejo de constituir família.

Assim, acrescenta Madaleno (2018, p. 660):

Atualmente, encontra-se definitivamente reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo e, seja através da união estável ou pelo casamento, com isto, desaparece qualquer impedimento que possa, de forma lúcida e coerente, impedir a adoção por casais homoafetivos.

Mesmo que haja a necessidade de uma estabilidade da união estável para se conceder a adoção conjunta, muito se discute a respeito do valor jurídico desse requisito, pois, segundo Madaleno (2018), uma longa duração de relacionamento não é um indicativo de um matrimônio estável, devendo-se ser investigado muito além desse requisito atemporal.

### **3.5.2 – Adoção Unilateral**

Um novo vínculo será criado por meio dessa hipótese de adoção, seja alterando o parentesco materno ou paterno. Para a ilustre doutrinadora Dias (2016), a adoção unilateral ocorre quando o vínculo afetivo do casal se dissolve e a tendência é da

busca de novos amores. Trata-se da hipótese de ambos terem um filho da relação anterior e, concedendo espaço ao novo parceiro (a) adotar. Acrescentando ainda, a extensão que a lei faz de conferir que um cônjuge ou companheiro adote a prole do outro.

Descrito no artigo 41, § 1 do ECA, a adoção unilateral estabelece que:

Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

Destaca-se a importância do afeto na adoção. Dada a necessidade de manter um vínculo de filiação e sobretudo, amor, carinho e proteção com o filho do cônjuge ou companheiro.

A doutrinadora Dias (2016, p 486), diz existir três situações para a ocorrência dessa espécie de adoção, que são:

(a) quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; (c) em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.

De todas, a última é a única que não é pacificada doutrinariamente. Pois, para alguns autores, com base no artigo 1.635, I do Código Civil que dispõe sobre a morte do genitor que leva a extinção do poder familiar, não autoriza o cônjuge sobrevivente a dispor sobre a adoção do filho pois não haveria possibilidade do cônjuge falecido não se manifestar a respeito. Mas, para Dias (2016), deve-se observar o melhor interesse do menor com objetivo de favorecer o futuro da criança ou adolescente.

### **3.5.3 – Adoção Póstuma**

A adoção nesse caso, é concedida após a morte do adotante, ou seja, aquele que tinha o desejo manifestado de adotar, sem deixar dúvidas a respeito e, posteriormente, antes do trânsito em julgado da sentença que se autoriza a adoção, o adotante venha a falecer, se faz justa e necessária a adoção da criança ou adolescente, conforme dispõe o artigo 42, § 6 do ECA.

Em relação ao momento da morte, destaca a doutrinadora Maciel (2018, p. 419) que:

Os tribunais brasileiros têm dado uma interpretação extensiva benéfica para a regra legal da adoção póstuma. A jurisprudência, com o objetivo de beneficiar o adotando, tem concedido adoção em situações nas quais um dos adotantes faleceu antes da propositura da ação, desde que haja demonstração inequívoca da vontade do morto em adotar, pelo fato de já tratar o adotando como filho.

Deve-se destacar a preocupação dos tribunais brasileiros em não permitir que o menor seja inserido em abrigos para adoção. Hoje, permite-se que, a simples convivência que o adotante tinha com o adotado, com o intuito inequívoco de adotar, já se configure uma hipótese de adoção póstuma.

#### **3.5.4 – Adoção intuitu personae**

Essa modalidade de adoção se dar quando, uma família adotante abriga em seu seio familiar um filho de outrem, autorizados por estes, que escolhem essa nova família para seu filho, sem a intervenção judicial, ou seja, sem acionar a justiça para proceder nos trâmites legais a entrega do filho à adoção.

Para Madaleno (2014), a adoção intuitu personae pode ser caracterizada como a que os adotantes são certos e possuem consentimento dos genitores da criança para adotar, mesmo que não tenham se habilitado ou que não estejam na ordem cronológica do Cadastro Nacional de Adotantes. A participação dos genitores no processo de adoção de seu filho é muito importante, pois eles escolhem baseados no afeto os “novos pais” da criança, o que ajuda na transição da parentalidade, e isso dá-se pela suposição de que aquelas pessoas serão as pessoas que melhor podem cuidar e amar os seus filhos, como se delas fossem.

Esta modalidade de adoção, apesar de não estar regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se comum e importante para diversas crianças abandonadas pelos pais biológicos, pois nesses casos, o adotando encontra-se já ambientado no núcleo familiar, com vínculos de afeto consolidados com quem o recebeu como filho.

## 4. ADOÇÃO POR ASCEDENTE

O instituto da adoção no Brasil está vivenciando um processo de grande evolução, no qual tanto a legislação quanto as doutrinas e jurisprudências que versam sobre, vêm mudando e se adaptando à constituição de novas relações familiares e à nova roupagem que o Direito de Família vem adquirindo, como demasiadamente estudado nos capítulos anteriores.

Logo, tendo em vista esse avanço, é possível falar de adoção por ascendente. Pois, conforme ensinamento de Calderón (2017), a afetividade é o novo vetor dos relacionamentos familiares, que leva a mudanças no ordenamento jurídico e, principalmente, na realidade social.

### 4.1 - ADOÇÃO AVOENGA ANTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Desde que o instituto da adoção foi inserido no Brasil, pelo Código Civil de 1916, essa modalidade de adoção, de netos pelos avós, não tinha previsão no sentido de permitir ou até mesmo proibir sua realização. Na época, se os requisitos para a adoção tivessem preenchidos, não se poderia negar o instituto. Como já explanado, até meados da década de 1980 o instituto da adoção tinha uma finalidade patrimonial, em que se preocupava com a figura do adotante e não com o adotado.

Diante dessa omissão legislativa, os tribunais concediam sem maiores objeções, essa modalidade de adoção, conforme entendimentos jurisprudenciais firmados nas seguintes decisões:

Ap. Cív. nº. 87.096, em 31.05.1973, pelo então Tribunal de Justiça de Guanabara: “ ADOÇÃO – Avô que adota neto - Admissibilidade – Sentença confirmada. Embora incomum, nada impede a adoção de neta pelo avô”<sup>170</sup>.

Ap. Civ. nº. 234.102, do TJSP, de 06.09.1975: “ ADOÇÃO – Neto – Admissibilidade – Apelação provida. É perfeitamente possível a adoção de neto pelos avós”

Nota-se que os tribunais decidiam que diante do silêncio da lei, à época, era juridicamente possível a adoção dos netos pelos avós.

Sustentados pelos artigos 368 e 378 do Código Civil de 1916, os doutrinadores favoravelmente opinavam a respeito da concessão da adoção de netos pelos avós. Segundo o ilustre Waldemar Zveiter (1999), ex ministro aposentado do Supremo Tribunal de Justiça, a corrente majoritária sustentava a posição que a exceção dos filhos legítimos que não podiam ser adotados pelos pais, qualquer outro grau de parentesco não impedia a adoção. O autor argumenta ainda que essa hipótese de adoção era juridicamente permitida pois se concedia evidentes benefícios ao adotado e não podia ser levado em conta apenas os interesses econômicos, e sim, a assistência que era dada pelo parente.

#### 4.2 – VEDAÇÃO EXPRESSA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

É evidente que anterior ao advento do ECA era uma prática corriqueira a adoção de netos pelos avós, a jurisprudência concedia com facilidade essa hipótese de adoção. Mas, não durou muito tempo para o legislador não se posicionar a respeito. Foi através da Lei 8.069/90 que surgiu o impedimento expresso na lei. Assim, preconiza o artigo 42, § 1 do ECA: Não podem adotar os ascendentes e irmãos do adotando.

Percebe-se que, antes era concedido a adoção como uma forma de dar filhos a quem não podia ter, com o ECA, esse objetivo permanece, porém, destina-se a quem não tem um vínculo de filiação constituído, pois o estatuto severamente veda a concessão de adoção para os que tem laços consanguíneos com o adotado.

#### 4.3 – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Muito se discute a razão pela qual o legislador elencou no texto legal tal impedimento. A doutrina majoritária ressalta os motivos de ordem patrimonial, e sucessórios, pois o neto adotado passaria a ter uma posição igual ao do tio para todos os efeitos sucessórios. Uma vertente bastante atenta a letra fria da lei e não considerando os princípios norteadores do direito de família no caso concreto. Essa

corrente doutrinaria se baseia no artigo 227, § 6 da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Depara-se então com uma interpretação apenas literária da lei. Onde o legislador atentou-se apenas aos aspectos patrimoniais.

Como adepto a essa corrente, o doutrinador Madaleno (2018, p. 668), assevera que:

O Estatuto adotou a lógica de que não tinha o menor sentido um filho ser adotado por seus avós e se tornar irmão de sua mãe ou de seu pai biológico, até porque, os vínculos de parentesco já existem em segundo grau na linha reta descendente dos avós para com o seu neto.

Da mesma forma, o ilustre Gonçalves (2014) acrescenta que, se existe a possibilidade de os avós serem detentor da guarda ou tutela dos netos, e não poderem adota-los como filhos, há uma confusão legislativa a respeito do caso. Esse posicionamento clareia muito a corrente doutrinaria que é favorável a adoção avoenga, pois, de uma forma bem humanitária, reconheceu a importância do melhor interesse do menor para seu crescimento.

Ainda sobre o posicionamento relacionado a confusão patrimonial causada com a possibilidade desse instituto, o renomado doutrinador Rizzardo (2014. P. 542) diz que:

Ferem os conceitos normais de parentesco de qualquer indivíduo a situação, mesmo que civilmente, ser o irmão pai de seu irmão, ou o avô pai do neto. A rigor, pode surgir um contrassenso como o presente: adotando o avô como filho o neto, o próprio filho passaria a ser irmão do neto, ou o pai-irmão do próprio filho.

Observa-se, portanto, uma preocupação aos conceitos arcaicos sobre parentescos. Não há ainda a ideia de evolução familiar atual em que se abandonam todo e qualquer conceito atrelado ao passado e, através dos princípios norteadores do direito de família, faz-se, uma interpretação principiologica para o caso concreto. Atendendo sempre o melhor interesse da criança em observância a afetividade existente na relação.

Em um viés contrário, a conceituada doutrinadora Maciel (2018, p. 366), destaca a importância de se observar, antes de tudo, o melhor interesse do menor, quando diz que a proteção de crianças e adolescentes deve ser exercida, em primeiro lugar pela família, conforme dispõe o artigo 4 do ECA. E quando ocorre, hipoteticamente, a perda dos pais biológicos, a criança é protegida pelos demais membros de sua família independentemente de qual seja o grau de parentesco e, normalmente, esse acolhimento é concedido pelos parentes mais próximos: avós ou irmãos mais velhos.

#### 4.4 – A PREPONDERÂNCIA DA AFETIVIDADE SOBRE AS RELAÇÕES PATRIMONIAIS

Os valores que norteadores do direito de família, quais sejam, o amor, a felicidade e a afetividade, deram ensejo a uma nova percepção do Direito de Família, como visto anteriormente. Diante de todas as peculiaridades condizentes com essa nova realidade, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, os princípios norteadores do Direito de Família ganharam força, do qual sua aplicação se tornou primordial em toda e qualquer construção familiar.

Foi a partir de então, que o direito experimentou avanços em diversos setores do desse ramo do Direito, incluindo na esfera da adoção, que foi sendo estruturada consoante a realidade de cada época.

A família atual abandonou os alicerces arcaicos que se estruturavam tempos atrás, no qual preponderava a questão econômica muito ligada ao marido, que detinha todo o poder sobre os membros, trazendo consigo a carga de detentor da única fonte de renda e da mulher como sua dependente emocional (PESSANHA, 2018).

Atualmente, a adoção é visualizada sob uma perspectiva de proteção às crianças e adolescentes que, por muitas vezes, são negligenciados por seus pais biológicos e, incluí-los em um ambiente familiar de forma definitiva, passou a ser não só o desejo de muitos que buscam ter filhos, mas principalmente do Estado que possui a obrigação de protegê-los.

Como citado anteriormente, é corriqueiro que se constituam formas de adoção sem a observância do devido processo legal (prévio cadastro de adoção, etc.). Nesse sentido, assevera Venosa (2010, p. 390):



Em sede de adoção, nunca deve ser esquecido que este instituto na atualidade vê o conforto e a afetividade em prol do menor e apenas secundariamente o interesse dos adotantes. O interesse do menor adotando deve ter sempre prioridade.

É corriqueiro encontrar muitos casos em que os avós têm em sua companhia seus netos, vivendo como se filhos fossem dando também o sustento necessário, o amor mais verdadeiro e principalmente, educando-os. Os pais biológicos ficam só no papel enquanto os avós são a única referência de pai e mãe na vida dessas crianças e adolescentes.

O doutrinador Rodrigues (2018), aduz que o interesse da criança deve ser observado em detrimento ao formalismo, nos casos em que o menor já está protegido e acolhido em um lar, sob a guarda de fato de uma família. Nesses casos, o Judiciário não deve retirá-la daquele ambiente, mas sim acompanhar o caso juntamente com uma equipe interdisciplinar, mesmo que a família em questão não esteja habilitada, ou que não esteja na ordem cronológica do Cadastro.

O formalismo trago pela Lei Nacional de adoção nº 12.010/09 é evidente quando trata do processo de adoção. De certa forma, para alguns doutrinadores, essa lei veio a diminuir o princípio do melhor interesse da criança. (RODRIGUES, 2018)

Mesmo com toda vedação expressa, Rizzardo (2014) diz ser possível conceder a adoção de netos pelos avós, como por exemplo no corriqueiro caso em que os filhos não são reconhecidos pelos pais. Ora, se há de conceder adoção avoenga em hipóteses extremas, porque não prezar pelo bem-estar do menor e evitar esses transtornos emocionais? Porque a lei não observa o melhor interesse?

São essas indagações que, alguns tribunais brasileiros, a exemplo o Superior Tribunal de Justiça, concedeu a adoção de netos. Aplicando o entendimento estudado nesse trabalho. A decisão iluminada à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, julgada em fase de Recurso Especial nº 1448969. Veja:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO

ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. **DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA.** 1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais. 5. **Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva.** 6. Observância do art. 6º do ECA: 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. (STJ - REsp: 1448969 SC 2014/0086446-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014) (Superior Tribunal de Justiça. STJ, 3º Turma, REsp 1448969, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 21/10/2014). (Negrito nosso)

Nesse caso, houve justiça social, e por óbvio que os adotantes não estavam previamente habilitados no Cadastro de Adoção. Ainda assim, mesmo que esses não se encontrem habilitados e, portanto, não preenchendo os requisitos dispostos no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve o Poder Judiciário abrir mão do formalismo do devido processo legal, para ponderar a uma perspectiva do melhor interesse do adotando e da relação de afetividade que esse já constituiu, pois, esses valores, mais do que as regras formais do processo de adoção, se configuram como inerentes e fundamentais à adoção.

Apesar da adoção de netos pelos avós encontrar-se vedada de forma expressa no artigo 42, § 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente, esse instituto possui sustentação no precedente do Superior Tribunal de Justiça analisado anteriormente. Alguns tribunais utilizam desse entendimento jurisprudencial para julgar recursos inerentes a matéria de fato.

Nesse sentido, foi julgado em recurso de apelação n. 0305301-26.2016.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o caso em que a avó já possuía a guarda do neto há cerca de 9 anos. Visto que, já tinha decretação judicial de destituição do poder familiar. É evidente que não se discute tamanho afeto dado pela ascendente. A requerente alegava que deve prezar a manutenção dos laços consanguíneos à colocação em outra família. Fundamentando o pedido nos arts. 39 a 52 que trata de adoção e 165 a 170, todos do ECA. Tem-se a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, MOTIVADA NA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INCONFORMISMO DOS AUTORES. ADOÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL E IRREVOGÁVEL, POSSÍVEL QUANDO INVIÁVEL A MANUTENÇÃO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM SUA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA. ART. 39, § 1º, DA LEI N. 8.069/1990. PRETENDIDA A ADOÇÃO DOS NETOS PELA AVÓ E SEU COMPANHEIRO. VEDAÇÃO EXPRESSA CONSTANTE NO ART. 42, § 1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXTENSÃO DO IMPEDIMENTO À PESSOA EM UNIÃO ESTÁVEL, EM RAZÃO DA AFINIDADE. EXEGESE DO ART. 1.595 DO CÓDIGO CIVIL. **POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA OBSTATIVA EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA INTEGRAL PROTEÇÃO E MELHOR INTERESSE DO MENOR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** CASO CONCRETO EM QUE É RECOMENDÁVEL O DEFERIMENTO DA PRETENSÃO EXORDIAL. AVÓ QUE, APESAR DE TER A GUARDA DOS INFANTES, NÃO APRESENTA FIGURA MATERNA. (TJSC, Apelação Cível n. 0305301-26.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 19-04-2018). (Negrito nosso)

Percebe-se que se prioriza a permanência da criança e do adolescente no âmbito familiar, com parentes mais próximos com os quais a criança e o adolescente tem vínculo de afetividade. Além disso, a adoção nesses casos, concede maior proteção ao menor, com os efeitos previdenciários, sucessórios e civis daí extraídos. Deixar a criança em guarda, ao invés de adoção, no caso acima, trata-se de uma

questão de preferir um vínculo jurídico frágil e precário, sem maior segurança jurídica, rejeitando injustamente a constituição de uma paternidade e maternidade já externada socialmente e afetivamente pelos avós.

Em relação aos motivos que ensejam a proibição da adoção avoenga, destacando-se os relacionados unicamente em viés patrimonial. A corte cidadã já se posicionou no sentido de preponderar a afetividade a esse argumento. Embora haja muitas divergências na própria doutrina, uns com opiniões ideológicas e outros com olhares sob o prisma econômico. O STJ decidiu que:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PADRÃO HERMENÊUTICO DO ECA.

**02 - O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação** atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada.

03. Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando.

04. Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fáticas presentes – idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, **circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses.**

05. Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art. 42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do prumo hermenêutico do art. 6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares. **06. Recurso especial conhecido e provido.** (Negrito nosso)

Em suma, quando o legislador atribui ao Juiz que, em sua discricionariedade e, em linha excepcional, aplicar o melhor interesse da criança de forma preponderante a norma, nada mais é que uma interpretação teleológica do Estatuto da Criança e do Adolescente;

A interpretação teleológica é basicamente quando o Juiz, ao interpretar o ECA e houver dúvidas a respeito da aplicabilidade ao caso concreto, deve frisar que o interesse mais importante é o da criança e do adolescente. Não há mais motivos para questionar questões patrimoniais. O interesse é o da criança e do adolescente e não, relacionado ao patrimônio. (NUCCI, 2014)

Por fim, é fácil imaginar uma confusão patrimonial quando se fala de adoção avoenga, dentro de uma estrutura familiar tradicional e já estruturada de preceitos ultrapassados. Difícil é perceber a confusão psicológica sofrida pelo menor. Por isso vale ressaltar que, a verdadeira adoção respalda-se, no puro desejo de amar e ser amado. Dessa forma, é indiscutível que o princípio da afetividade seja o norteador do Direito de Famílias e, portanto, deverá sempre preponderar-se sobre todo e qualquer procedimento judicial que atente contra sua aplicabilidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 reconheceu em seu artigo 227, que crianças e adolescentes possuem uma série de direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, que devem ser assegurados pela família, sociedade e Estado e conseqüentemente fixou que os menores receberão um tratamento de absoluta prioridade, o que significa dizer que quando os direitos da criança e do adolescente se mostrarem em conflitos com o dos adultos, deve-se prezar pelo mandamento constitucional e fazer preponderar o interesse dos menores.

O objetivo do presente trabalho foi contribuir para discussão acerca da aplicabilidade do princípio da afetividade nos casos de adoção dos netos pelos avós, princípio basilar do Direitos de Famílias e do seu atual sistema protecionista. Esta modalidade de adoção, apesar de ser vedada em lei, tornou-se comum no cotidiano brasileiro com casos apresentados de diversas crianças que estavam impossibilitadas de serem criadas pelos seus pais biológicos e acabaram sendo adotadas por seus avós, com quem já tinha vínculo de afeto consolidado.

Com o reconhecimento do afeto como elemento fundamental e imprescindível das relações familiares, o ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a atribuir efeitos jurídicos aos vínculos decorrentes da socioafetividade, inclusive para fins de constituição da chamada parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho.

Porém, quando o ordenamento jurídico admite uma pessoa totalmente estranha, sem qualquer vínculo consanguíneo com o menor, ser pai ou mãe do infante, de forma vedada, impede-se que o mesmo ocorra com parentes que já possuem vínculo consanguíneo entre si, e melhor, através do afeto, são considerados verdadeiros pais, conforme dispõe a regra do artigo 42 § 1 do ECA, que proíbe, entre outros, que os avós adotem os netos.

A real aplicabilidade das normas relativas a adoção apresentada no presente estudo, são, sem dúvida alguma, de grande valia para uma melhor articulação e organização dos processos de adoção. Ocorre que, por vezes ainda se dar importância apenas ao teor da norma, se esquecendo de aplicar os princípios norteadores do Direito de Família, que como analisado, são de extrema importância e

necessidade para uma melhor apreciação de casos especiais, como é o caso da adoção de netos pelos avós.

Na abordagem do tema, notou-se que, apesar de a Lei da Adoção e do Estatuto da Criança e do adolescente terem introduzidos mudanças que conduzem a uma maior proteção infanto-juvenil, ao se deparar com casos específicos, como é o desse estudo, a adoção avoenga, deve-se analisar não apenas se os requisitos impostos pela lei estão sendo cumpridos, mas, principalmente, se está havendo o real benefício ao adotando, parte mais vulnerável da situação.

Em se tratando julgados anteriormente apresentados, com decisões de processos de adoção que envolvem, em alguns casos, crianças que já estão sob a guarda de fato dos avós e já possuem laços de afeto com os menores, notoriamente se compreende que muitos juízes estão proferindo suas decisões baseados na afetividade e, portanto, deferindo os pedidos de adoção, excepcionalmente, para os avós.

Essa nova postura que os magistrados vêm adotando, ao qual tendem a priorizar o melhor interesse da criança ou adolescente, dando cabimento a adoção a qual tanto nos referimos aqui, a adoção avoenga, serve de grande exemplo para, mesmo havendo vedação normativa específica para essa situação, devem analisar qual melhor maneira a ser adotada.

Sendo assim, quando se evidenciam as hipóteses que os avós possuem um estado de filho com relação aos netos, deviam fazer um estudo técnico interprofissional, como se faz nas hipóteses de simples adoção e, através desse estudo, estando comprovado que aquela medida atende os interesses dos menos, a situação fática deverá ser prestigiada em detrimento da norma extraída do art. 42, § 1 do ECA.

Em casos assim, foi-se mencionado que, a divergência de conflitos de interesses na balança em que, de um lado, preserva os graus de parentesco e as questões patrimoniais e sucessórias e, de outro, a plenitude dos direitos relacionados a personalidade, no sentido de permanecer no núcleo familiar, deveriam sempre pender a favor deste, ou seja, a favor dos interesses infanto-juvenil.

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro não pode se omitir de ir além do caso manifesto e enaltecer a afetividade presente na relação já estabelecida entre netos e avós, pois independentemente da existência de laços biológicos e

formalidades legais, há uma verdadeira família já constituída e, indubitavelmente feliz. Logo, a vedação expressa na lei não deve caracterizar, por si só, impedimento de se vincular parentesco com a criança ou adolescente com quem já se estabeleceu uma relação afetiva e parental.



## REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada Ave-Maria**. 207 ed. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2015.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina F. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, 11th edição. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601059/>

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 de outubro 2018.

BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 08 de out. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm). Acesso em 22 de out. 2018.

CALDERÓN, Ricardo. (09/2017). **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família e sucessões**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Roberto, C. (11/2017). **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família, 15th edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229320/>.

LOBO, Paulo. (2017). **Direito civil – Famílias**, 7ª edição., 7th edição. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/>

MACIEL, Andrade, K.R.F. L. (2018). **Curso de direito da criança e do adolescente : aspectos teóricos e práticos**, 11th edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601059/>

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013.

MADALENO, Rolf. (03/2018). **Direito de Família**, 8ª edição. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980160/>

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2016.

PEREIRA, Silva, C.M. D. (01/2017). **Instituições de Direito Civil - Vol. V - Direito de Família**, 25ª edição. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974619/>

RIZZARDO, Arnaldo. (08/2014). **Direito de Família**, 9ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5837-4/>

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Homoafetividade e o direito**. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Adoção. Concessão Excepcional. Medida excepcional e irrevogável. Possibilidade de flexibilização da norma obstativa em atenção aos princípios da integral proteção e melhor interesse do menor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Des. Rosane Portella Wolff. 19 de abril de 2018. **Apelação Cível Nº 70065445413**. Blumenau, 19 abril 2018.

STJ. Recurso especial. Ação de Adoção. Ação de adoção c/c destituição do poder familiar movida pelos ascendentes que já exerciam a paternidade socioafetiva. Preservação do Melhor Interesse. nº SC 2014/0086446-1. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 21 de outubro de 2014. STJ - **REsp: 1448969**, Brasília, 21 out. 2014.

STJ. Civil. Recurso especial. Família. Estatuto da criança e do adolescente. Adoção por avós. Possibilidade. Princípio do melhor interesse do menor. Padrão hermenêutico do eca. Nº SC 2014/0086446-1. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de outubro de 2014. STJ - **REsp: 1.635.649 - SP**. Brasília, 27 de fevereiro de 2018.

ZVEITER, Waldemar. **Adoção por ascendente**. **Informativo** Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v.11, n.1, p.1-98, jan. /jul.1999.