

**DANIELLE PEREIRA FERNANDES**

**A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO AVOENGA, FRENTE O PRINCÍPIO  
DA AFETIVIDADE**

Ji-Paraná  
2019

DANIELLE PEREIRA FERNANDES

**A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO AVOENGA, FRENTE O PRINCÍPIO DA  
AFETIVIDADE**

Artigo apresentado no Curso de graduação em Direito do Centro Universitário São Lucas, 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Daniela Turcinovic

Ji-Paraná  
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Gerada mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

---

F363p          Fernandes, Danielle Pereira  
A Possibilidade da adoção avoenga, frente o principio da  
afetividade / Danielle Pereira Femandes. – Ji-Paraná, RO, 2019.  
29 p.  
Orientador: Prof. Daniela Turcinovic

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Centro  
Universitário São Lucas

1. Adotando e Ascendentes. 2. Principio da afetividade.  
3. Proteção à infância. I. Turcinovic, Daniela. II. Título

CDU 347.633

---

Bibliotecário(a) Alex Almeida CRB 11.853

**DANIELLE PEREIRA FERNANDES**

**A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO AVOENGA, FRENTE O PRINCÍPIO DA  
AFETIVIDADE**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Daniela Turcinovic

Ji-Paraná, 01 de junho de 2019

Resultado: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Resultado: \_\_\_\_\_

---

Daniela Turcinovic

Centro Universitário São Lucas  
de Ji-Paraná/RO

---

Gisele Neves do Nascimento

Centro Universitário São Lucas  
de Ji-Paraná/RO

---

Rafaela Maia Gomes

Centro Universitário São Lucas  
de Ji-Paraná/RO

## A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO AVOENGA, FRENTE O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE<sup>1</sup>

Danielle Pereira Fernandes<sup>2</sup>  
Daniela Turcinovic<sup>3</sup>

**RESUMO:** A presente monografia tem como propósito verificar a possibilidade da adoção avoenga, frente o princípio da afetividade. Para tanto, faz-se necessária a análise do sistema de adoção brasileiro, bem como seus procedimentos e requisitos. A partir dessa verificação, é necessário relacionar os princípios da proteção integral à criança e ao adolescente, bem como a busca pelo melhor interesse dos mesmos, com a adoção avoenga. Esta, por sua vez, pode proporcionar que a criança ou adolescente seja inserido em um meio familiar amoroso, com a continuidade dos valores éticos e morais já inseridos no seio familiar. É destacado que, em alguns casos, a guarda e a tutela não suprem as necessidades do infante, emergindo, portanto, a necessidade de uma interpretação principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente frente a esta modalidade de adoção. Portanto, em razão da polêmica que permeia este tema, será realizado um estudo histórico da adoção, tendo como base doutrinas, jurisprudências, princípios e artigos científicos de relevância, de forma a analisar, de maneira dialética, a possibilidade da adoção avoenga no Brasil.

**Palavras-chave:** Adoção. Avoenga. Princípio. Afetividade. Família.

## THE POSSIBILITY OF ADOPTION BY GRANDPARENTS, FACING THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY

**ABSTRACT:** The purpose of this monograph is to verify the possibility of adoption by grandparents, by the principle of affectivity. To this end, it's necessary to analyze the Brazilian adoption system, as well as its procedures and requirements. From this verification, it's necessary to associate the principles of integral protection to the child and the adolescent, as well as the search for the best interest of them, with the adoption by grandparents. The last, therefore, enables the child or adolescent to be inserted in a loving family environment, aiming for them to have the continuity of ethical and moral values already installed in the family. It's necessary to emphasize that in some cases custody and guardianship don't meet the needs of the infant, and therefore the need for an interpretation of the principles of the Statute of the Child and Adolescent in relation to this modality of adoption. Therefore, due to the controversy surrounding this theme, a historical study of adoption will be carried out, based on doctrines, jurisprudence, principles and scientific articles of relevance, in order to analyze, in a dialectical way, the possibility of adoption by grandparents in Brazil.

**Keywords:** Adoption. Grandparents. Principle. Affectivity. Family.

### 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo abordar acerca da possibilidade da

---

<sup>1</sup> Artigo científico apresentado ao Centro Universitário de Ji-Paraná – São Lucas Educacional, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Em julho/2019.

<sup>2</sup> Acadêmica cursando o 8º período do curso de Direito pelo centro universitário São Lucas Ji-Paraná. E-mail: dany\_pfvp@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (CEULJI/ULBRA), em 2005; Especialista; Orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso; Advogada. E-mail: turcinovic\_adv@hotmail.com.

adoção avoenga, que é aquela realizada pelos avós frente aos seus netos, em decorrência do princípio da afetividade e da busca pelo melhor interesse do infante.

A adoção é um ato pelo qual uma pessoa acolhe outra como um filho, mesmo que não haja qualquer vínculo consanguíneo que os liguem. Ou seja, a família aqui formada se une pelo elo da afetividade.

O instituto da adoção, historicamente, passou por muitas mudanças no âmbito legislativo. Em sua origem, buscava-se dar continuidade à família e, aos poucos, foi sendo reconhecido o fato que o melhor para criança era o que deveria ser priorizado. Tendo em vista que, o atual ordenamento brasileiro traz a ideia de que a adoção é uma medida excepcional e irrevogável, ou seja, ela só é aplicável quando verificado que a criança não pode ficar em sua família natural ou extensa.

Nesse sentido, a adoção avoenga poderia ser uma forma de efetivar a recuperação familiar com consciência, comprometimento e responsabilidade, tendo como finalidade evitar que a criança ou adolescente vá para um lar adotivo. Entretanto, pelo histórico de fraudes à seguridade social provindas desse tipo de adoção, ela foi vedada pelo ECA.

Faz-se necessário, portanto, a realização do estudo da adoção (comum e avoenga), as causas que levaram a vedação da mesma quando realizada pelos avós e, ainda, como esta vedação caracteriza-se como inconstitucional em determinados casos. Essa premissa se respalda na ideia de que a aplicação pura da lei pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Para a realização desse estudo, serão utilizadas fontes de pesquisas como doutrinas, artigos científicos e quaisquer outros materiais de fontes confiáveis que falem sobre o tema, que será desenvolvido com abordagem qualitativa.

## **2 ADOÇÃO**

A adoção é um instituto jurídico pelo qual uma pessoa, por uma manifestação de vontade, aceita alguém como seu filho. Nesse sentido, a doutrinadora Maria Berenice Dias (2015, p. 818) define que:

A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. [...] A adoção constitui um parentesco eletivo, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por

opção. A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico.

Assim, muitos casais, por não conseguirem ter filhos, encontram neste instituto uma alternativa para que possam constituir uma família e ter herdeiros. Em outras palavras, a adoção também pode representar

Uma forma de proporcionar uma família às crianças que não podem, por algum motivo, ser criadas pelos pais que a geraram. Representa, ainda, a possibilidade de ter e criar filhos para pais que apresentam limitações biológicas ou que optam pelo cuidado de crianças com quem não possuem ligação genética. (LEVIZON, 2004, p. 12).

Apesar da proposta de um novo modelo de constituição de família apresentado pela adoção, este instituto nem sempre foi abarcado pela legislação brasileira. O jurista Flávio Tartuce (2017), em menção a obra clássica de Silvio Rodrigues, destaca inclusive que este tema, dentro do contexto do Direito da Família, talvez tenha sido um dos que mais sofreu alterações estruturais, construindo uma legislação semelhante a uma colcha de retalhos.

Dito isso, faz-se mister analisar a evolução histórica da adoção, tanto em seu contexto geral como no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a averiguar como o conceito deste instituto foi se alterando, ao ponto de ser hoje uma medida excepcional e irrevogável (que busca atender o melhor interesse da criança), bem como o papel e direitos do filho adotado na sociedade brasileira, até chegar ao ponto de o mesmo ter direitos iguais aos filhos biológicos, inclusive em caráter sucessório.

## 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA ADOÇÃO

Em relação a adoção e sua verificação histórica, nota-se que a mesma ordinariamente esteve intimamente relacionada a continuidade da família. Normalmente este instituto estava relacionado a uma forma extraordinária de trazer uma pessoa –até então alheia ao vínculo consanguíneo familiar – para integrar a mesma.

Vislumbrando alguns regulamentos antigos, é possível constatar menções a noção de adoção já nos Códigos de Manue Hamurabi. O primeiro (datado entre 1300 a 800 a.C.) elencava a questão da adoção como uma necessidade da perpetuidade do culto aos mortos (responsáveis por proteger a família). O segundo

(datado em 1700 a.C.) também trabalhava o conceito de adoção, inclusive com ressalvas quanto a reclamação dos pais biológicos pelos filhos e situações de ingratidão, que se configurava quando o filho adotado se voltava contra seu pai e sua mãe.

A difusão da adoção, entretanto, só se deu por meio da influência dos Romanos, tendo sido inserida em um ordenamento que abrangia não só um contexto religioso, mas também o lado político-econômico. Inclusive, foi feita a divisão deste instituto em dois, criando a adoção *minus* e adoção plena (JORGE, 1975).

Entretanto, durante o período da Idade Média este instituto entrou em desuso, já que o Direito Canônico passou a vincular a ideia de adoção como uma espécie de tentativa de fraude as normas que proibiam que os filhos nascidos de relações adúlteras fossem reconhecidos.

Somente com o advento da Idade Moderna é que a adoção começou a ser reutilizada. Segundo Madaleno (2018, p. 840), “[...] a adoção teria ressurgido com as reformas sociais da Revolução Francesa e, por consequência, com o advento do Código de Napoleão e deste para os demais códigos que nele buscaram a sua inspiração”.

Esse código passou a priorizar os interesses do adotado, elencando significativas mudanças na visualização do mesmo frente a sua nova família, visto que este começava a ter, a partir deste código, os mesmos direitos que um filho biológico.

Importante mencionar que, no Brasil, o conceito de adoção começou a ser trabalhado em meados dos anos de 1693 (JORGE, 1975), por meio da Lei ao Desamparo de Crianças Abandonadas, devido a famosa Roda dos Expostos. Ainda naquele período não se utilizava a expressão adoção.

Estas rodas eram uma espécie de cilindro, com uma superfície lateral aberta, que eram colocadas nas Santas Casas, com o intuito de que a criança ali deixada fosse logo recolhida pelas freiras e encaminhadas as amas de leite, com vistas a diminuir a prática constante e crescente naquela época: de abandonar as crianças na rua (DONZELOT, 1980, p. 29).

Com essa prática, as crianças que seriam abandonadas teriam a chance de receber os devidos cuidados, ficando à disposição de serem adotadas por alguma família que se interessasse.

Pouco mais de três séculos depois, o Código Civil Brasileiro de 1916 inseriu em seu ordenamento o tema da adoção. Nele, este instituto passou a ser visto como um negócio jurídico (GONÇALVES, 2012), de sentido bilateral e solene, que se concretizava por meio de escritura pública. Assim, quando o adotado fosse maior de 18 anos, poderia este comparecer à cerimônia e, por meio da expressa vontade bilateral de adotar e ser adotado, este instituto se realizaria; de outro lado, quando se tratasse de um incapaz, para que a adoção fosse feita era necessário que o mesmo fosse representado por seus pais, tutor ou curador.

É válido ressaltar que, apesar de a adoção ter sido prevista no ordenamento jurídico brasileiro, ela ainda não apresentava uma segurança ao adotado frente a adoção, principalmente se este fosse maior de 18 anos, visto que, neste caso, o negócio jurídico poderia ser revogado, se ambas as partes assim convencionassem.

O referido código, todavia, ainda atrelava o instituto da adoção à impossibilidade de os pais terem filhos, e também ainda não era vislumbrada segundo o melhor interesse dos adotados, já que se quer era dotada de qualquer caráter assistencial a criança, ou seja, visava-se apenas atender o melhor interesse do adotante.

Importante mencionar também que em 1957 a Lei 3.133 (BRASIL) surgiu e trouxe significativas mudanças ao instituto da adoção. Ela extinguiu a ideia de que os interessados em adotar deveriam ser incapazes de ter filhos e possibilitou que a criança ou adolescente abandonado pudesse encontrar um lar – embora ele viesse a receber um tratamento diferente do filho biológico, quanto as questões sucessórias.

Contudo, a equiparação do adotado ao filho biológico só foi reconhecida por meio da Lei 4.655 (BRASIL, 1965). É neste ponto que a legitimação adotiva emerge, na medida em que há uma posição de igualdade entre os filhos, trazendo uma maior garantia ao filho adotado. Essa garantia não se ligava só a isso, mas também a questão de que, pela primeira vez, a adoção passa a ser dita como irrevogável.

Apesar do que foi exposto quanto as questões da evolução do conceito de adoção, essencialmente sobre as garantias do adotado, a Lei 4.655/65 não teve uma repercussão significativa, e isso se deve ao fato de que essa lei tinha um exacerbado formalismo.

O sentido de adoção plena, que viria a substituir a legitimação adotiva, foi apresentado somente pelo Código de Menores (Lei 6.697/79). Nesse ponto, o

ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar duas formas de adoção: a simples e a plena (MADALENO, 2018).

A adoção simples se destinava as crianças e adolescentes com menos de 18 anos, e deveria seguir as regras expostas pelo Direito Civil. Manteve-se a ideia de averbação de uma escritura para firmar o apelido destinado a criança adotada por parte de sua nova família, e foram estabelecidas outras regras, tais como: se os adotantes fossem casados, eram necessários 05 anos de matrimônio entre eles para iniciar com o processo de adoção, bem como um deles deveria ter mais de 30 anos; se provada a esterilidade de um dos cônjuges, o prazo de 05 anos de matrimônio era desnecessário; a criança deveria ter convivido com os adotantes por no máximo um ano, prazo este descrito pelo juiz (BRASIL, 1979).

A adoção plena, apesar de ser considerada mais complexa, também abriu a possibilidade para que os separados e viúvos pudessem adotar. Esta modalidade era aplicada quando a criança tinha até 07 anos de idade, podendo ultrapassar esse quantitativo se, enquanto estivesse sob a guarda dos futuros adotantes, completasse essa idade. A profunda modificação trazida por esta modalidade foi que, a sentença que deferiria a mesma era irrevogável, e extingiria todo o registro anterior da criança, além de igualar os direitos, inclusive sucessórios, dos filhos adotivos aos filhos biológicos.

### 2.1.1 Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

A Constituição Federal, em seu Art. 227, § 6º, vem reafirmar a igualdade de direitos entre os filhos, por meio do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente (BRASIL, 1988). Somado a isso, em 1990 “[...]o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios” (DIAS, 2016, p. 814).

No que tange as garantias fundamentais da criança e do adolescente trazidas pelo ECA, destacam-se três artigos deste código que servirão como base para este trabalho:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e **à convivência familiar** e comunitária.

[...] Art. 19. 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**.

[...] Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as **necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares** e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...] X – **Prevalência da família**: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Por se tratarem de garantias fundamentais previstas em nível constitucional e infraconstitucional, verifica-se que cabe a família, sociedade e Estado assegurá-las com absoluta prioridade, a fim de tornar saudável o desenvolvimento da criança e do adolescente.

De forma adversa ao que era prezado por alguns códigos anteriores, o ECA elencou a premissa de que a criança ou adolescente deveria permanecer em sua família natural, de preferência, e não receberia qualquer tratamento diferente dos filhos biológicos. Por causa dessas mudanças, a adoção perde seu caráter de negócio jurídico, e passa a ser observado segundo o viés do adotado, que é alguém de fato desejado, e não mais um mero participante de uma relação jurídica.

De outro norte, sobre a adoção de maiores, até a entrada em vigor o Código Civil de 2002, enquanto o ECA se responsabilizava em regulamentar a adoção as crianças e adolescentes com menos de 18 anos, o Código Civil de 1916 se mantinha como base regulamentar da adoção dos candidatos com mais de 18 anos.

### 2.1.2 Código Civil de 2002 e a Lei 12.010/09

Com o advento do Código Civil de 2002, muitas discussões doutrinárias acerca de quem deveria regulamentar o instituto da adoção emergiu, visto que, da mesma forma que ele era tratado pelo ECA, também era pelo Código Civil. Segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 815),

O ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Esta superposição foi corrigida pela chamada Lei Nacional da Adoção (L 12.010/09, 2.º) que, modo expresse, atribui ao ECA a adoção de crianças e adolescentes, mas manda aplicar seus princípios à adoção dos

maiores de idade (CC 1.619).

Atualmente, após a entrada em vigor da Lei 12.010/09, a adoção é vista como um ato jurídico *strictu sensu* complexo, que depende de ação judicial para se consolidar, inclusive se o adotando tiver mais de 18 anos (TARTUCE, 2017, p. 288).

A referida medida é excepcional e irrevogável. Isso se deve pelo fato de que o legislador deu preferência para que a família natural não fosse desfeita, e, para tanto, impôs diversas medidas que dificultam a desvinculação da criança do seio familiar biológico.

Assim, não sendo possível que a criança permaneça em sua família natural, ainda se preza para que esta fique na família extensa ou ampliada, que é aquela composta pelos parentes próximos da criança, pressupondo um vínculo de afetividade.

Tendo em vista que o mundo jurídico normalmente não está no mesmo nível de desenvolvimento que o contexto fático, vale lembrar que o código elenca diversos tipos de famílias e, apesar disso, este não é um rol taxativo, mas sim exemplificativo.

### **3 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO NO BRASIL: MODALIDADES E REQUISITOS**

Para adentrar nos aspectos gerais da Adoção no Brasil, faz-se necessário a devida análise de suas modalidades e seus requisitos. Como dito anteriormente, a adoção depende de ação judicial. Essa só deverá ocorrer quando não houver mais possibilidade de a criança se manter em sua família natural ou extensa, e, por isso, trata-se de uma medida excepcional e irrevogável.

Porém, ao passo em que o Estatuto tenta manter a criança em sua família biológica, também veda a adoção das crianças ou adolescentes por seus avós ou por irmãos (Art. 42, § 1º), com o intuito de evitar as fraudes a Seguridade Social, conforme será exposto posteriormente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu art. 42, dispõe que o maior de 18 anos poderá adotar, seja por meio de uma adoção bilateral ou conjunta (por duas pessoas), como também sozinho. Em se tratando da adoção conjunta, faz-se necessário que os adotantes estejam em união estável comprovada ou que sejam casados civilmente (TARTUCE, 2017).

O adotante também deve ter dezesseis anos a mais que o adotado. Quando se tratar de uma adoção conjunta, essa diferença de idade será avaliada tendo em vista a pessoa mais jovem do casal.

No mesmo sentido, duas pessoas divorciadas podem realizar uma adoção conjunta, desde que a guarda da criança e seu regime de visitas esteja firmado. O Código Civil (BRASIL, 2002), em seu Art. 1.584, assegura a guarda compartilhada nestes casos. Essa hipótese cabe quando a criança já estava em estágio de convivência com os adotantes no momento em que houve o divórcio.

Nestes casos, para não caracterizar a adoção unilateral como a opção mais viável para a criança, deve-se ter comprovado o vínculo afetivo e de afinidade da mesma para com os dois adotantes.

Quanto a questão da adoção unilateral, o STJ (2016, on-line) entende que, se esta modalidade conseguir atingir o melhor interesse da criança ou do adolescente, não tem por que ela ser vedada.

Em relação ao tempo de convivência da criança ou adolescente com os adotantes, trata-se este de um requisito obrigatório para a adoção (regra geral), e quem irá determinar o tempo de convivência é o próprio juiz, chegando ao quantitativo máximo de 90 dias (BRASIL, 1990), conforme dita o Art. 46, caput, do ECA, podendo ser também prorrogado por igual período e, em se tratando de adoção internacional, o prazo é de 30 a 45 dias, sem ressalva, podendo ser prorrogado uma só vez por igual período (Art. 46, § 3º, ECA).

Porém, este tempo de convivência não será obrigatório nos casos em que o adotado já estiver sob a guarda do adotante durante um lapso temporal extenso o suficiente para já caracterizar a criação de um vínculo de afinidade com a criança, conforme explana o Art. 46, § 1º, do ECA (1990). Ou seja, a simples guarda não autoriza a dispensa deste tempo de convivência (Art. 46, § 2º, do ECA).

Logo, verifica-se que todo o período de convivência da criança ou adolescente com os adotantes será supervisionado por uma equipe Inter profissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude (Art. 46, § 4º, do ECA).

Referente ao nome da criança, o Conselho Nacional de Justiça trouxe, em seu Enunciado 273, apresentado na IV Jornada de Direito Civil, que:

Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se

novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou mãe naturais pelo nome do pai ou mãe adotivos (BRASIL).

Trata-se, neste caso, do direito ao esquecimento. Todavia, o processo da adoção será arquivado, bem como outros processos a ele vinculados, para que, caso o adotado tenha interesse em conhecer sua origem biológica, possa ter acesso a estes dados, após completar dezoito anos.

Desta feita, se o mesmo tiver menos de dezoito anos, fica vinculada a possibilidade de acesso do impúbere aos autos, a seu pedido, mediante autorização judicial, tendo garantida também assistência jurídica e psicológica.

Como o novo registro da criança desvincula ela de sua família biológica, a morte dos adotantes não vai restabelecer o poder familiar dos pais naturais (Art. 49, *caput*, do ECA).

Verificando-se sumariamente sobre a adoção por casal homoafetivo, apesar de se tratar de um assunto que ainda perduram controvérsias, o STJ (2012, on-line), balizado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em julgamento ao REsp 1.183.378/RS, apresenta a possibilidade de um casal homoafetivo de adotar. Isso porque,

Segundo a legislação vigente, caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção. Nesse contexto, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante (STJ, 2015, on-line).

Estudos realizados pela Academia Americana de Pediatria e pelas Universidades de Virgínia e Valência também apontam que o que interfere na adoção para a criança não é o fato de os adotantes estarem em um relacionamento homoafetivo, e sim a qualidade do vínculo e do afeto familiar destes com aqueles (TARTUCE, 2016).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) preceitua, em seu Art. 45, § 1º, que não será necessário o consentimento dos pais da criança quando eles forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar, para concretizar a adoção.

Sobre os direitos dos filhos adotados, já foi dito anteriormente que eles detêm

igualdade de condições, inclusive quanto aos direitos sucessórios, frente aos filhos biológicos. Isso faz com que qualquer vínculo que restasse entre o filho adotado e seus pais biológicos seja desfeito, exceto os impeditivos matrimoniais. Tartuce (2016, p. 292) observa que

a decisão que defere a adoção confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome a pedido do adotante ou do adotado (art. 47, § 6.º, do ECA). Como novidade introduzida pela Lei 12.010/2009, caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando que tenha mais de doze anos (art. 47, § 6.º, do ECA). Isso porque o nome, sinal que representa a pessoa perante o meio social, é reconhecido como um direito da personalidade pelo Código Civil de 2002, havendo uma ampla proteção de ordem pública (arts. 16 a 19), a justificar a sua oitiva.

É válido lembrar, ainda, que tanto a adoção avoenga (quando ascendentes adotam descendentes), já exposta sumariamente e tema deste artigo, como a adoção à brasileira (quando uma pessoa registra uma criança adotada como se sua fosse, a fim de burlar o sistema de adoção) são vedadas, respectivamente, pelo ECA e pelo Art. 242 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Além disso, a adoção de maiores de 18 anos continua sendo regulada pelo Código Civil (BRASIL, 2002), mas seu Art. 1.619 prevê a aplicação das regras do ECA. Logo, a adoção avoenga para maiores capazes também é vedada.

Por fim, a adoção produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença (BRASIL, 1990), com a ressalva da hipótese em que o adotante falece antes de prolatada a sentença (Art. 42, § 5º, do ECA). Nesse caso, a adoção terá força retroativa à data do óbito, tendo, portanto, efeito *ex tunc* (TARTUCE, 2016).

### 3.1 PROCEDIMENTOS

As pessoas interessadas em adotar devem seguir alguns procedimentos. Primeiramente (BRASIL, 2013), o candidato deverá procurar a Vara de Infância e Juventude de seu município ou comarca, e irá manifestar seu desejo de adotar por meio de uma petição, com os documentos exigidos em anexo. Essa petição poderá ser realizada por advogado ou defensor público, a depender do estado.

Depois de entregue os documentos, o candidato será chamado para uma ou mais entrevistas com um assistente social e, se necessário, um psicólogo. Verificado que o candidato não possui um ambiente familiar adequado, ou que sua motivação é

ilegítima, de forma a não trazer vantagens efetivas a criança, poderá ser desclassificado, conforme os artigos 23 e 49, do ECA (BRASIL, 1990). Se o pedido for aprovado, o futuro adotante passa para a próxima etapa.

A fim de que o candidato possua pleno conhecimento do que é a adoção, como ela funciona e suas responsabilidades frente a criança que irá integrar seu lar, deverá se submeter a um curso de preparação psicossocial e jurídica. Esse curso dura por volta de dois meses, com aulas semanais.

Uma vez realizado o curso, o candidato será novamente avaliado por uma equipe interprofissional, composta de psicólogos e assistentes sociais, que elaborará um relatório e o encaminhará ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância. Mediante a análise deste relatório, bem como a do parecer emitido pelo Ministério Público, o juiz proferirá sentença.

Somente neste ponto, se a sentença for favorável, é que o candidato terá seu nome inserido no Cadastro Nacional de Adoção – CNA, sendo automaticamente inserido na fila de adoção de seu estado.

Importante ressaltar também que o pretendente deverá descrever o perfil da criança ou adolescente que deseja adotar, contendo dados como: idade mínima, cor da pele, se aceita irmãos ou crianças com necessidades especiais.

O proponente deverá aguardar até que o perfil da criança desejada seja encontrado. Neste ponto, o juiz irá determinar um estágio de convivência, no qual os futuros pais visitam a criança cujo perfil se encaixou.

Assim, os pretendentes poderão visitar os lares de adoção, passando algumas horas por dia com ela, a fim de criar um vínculo de afinidade e afetividade. Com o fim deste estágio é que o juiz irá determinar a adoção, por sentença judicial, que só poderá ser rompida por outra decisão judicial ou por destituição do poder familiar.

#### **4 MOROSIDADE DO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL**

Sabe-se que é assegurado a todo cidadão um razoável tempo de duração do processo, por meio do Art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, nota-se que, em termos práticos, essa celeridade não se concretiza. Essa ineficiência persiste, seja porque o sistema judicial está superlotado de ações que poderiam ser resolvidas, inclusive, por via extrajudicial, como também pela falta de recursos

materiais, tecnológicos e humanos para lhe proporcionar a devida celeridade.

Trata-se, portanto, de um entrave, visto que a morosidade do Poder Judiciário Brasileiro afronta diretamente direitos fundamentais dos cidadãos que buscam resguardar seus direitos frente ao Estado.

Quanto à questão da adoção, ao contrário do que a crença comum acredita, o número de pessoas interessadas em adotar é muito maior do que o número de crianças disponíveis para adoção. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, relativos ao mês de junho de 2012,

[...] existiam 40.340 crianças e adolescentes acolhidos em instituições de acolhimento ou estabelecimentos sustentados por organizações não governamentais (ONGs), comunidades e instituições religiosas em todo o território nacional. Parte dessas crianças e adolescentes compõem as 5.281 crianças e adolescentes aptas à adoção registradas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Quando esse universo é comparado ao total de pretendentes à adoção, devidamente cadastrados no CNA (28.151 pessoas), verifica-se a proporção aproximada de cinco pretendentes para cada criança cadastrada no CNA (BRASIL, 2012, on-line).

Somado a isso, pode-se aderir o fato de que os adotantes têm preferência em adotar crianças de 0 a 05 anos, reduzindo ainda mais os percentuais de aptidão das mesmas. Ou seja,

Enquanto 92,7% desejam uma criança com idade entre 0 a 5 anos, o CNA informa que apenas 8,8% de crianças e adolescentes aptos à adoção têm essa idade. Esses indicadores sugerem que a idade da criança e do adolescente pode ser entrave significativo na adoção de crianças com mais idade e adolescentes. Caso observemos o universo de crianças pretendidas com idade entre 0 e 3 anos, o percentual verificado no CNA fica em 55,7%, enquanto as crianças aptas nessa mesma faixa etária são de apenas 3% (BRASIL, 2013, on-line).

Não se quer, com esta verificação, considerar como desnecessária a análise de todos os requisitos apresentados pelo ordenamento jurídico para a adoção, visto que os mesmos foram impostos justamente para tentar salvaguardar o infante de sofrer situações traumáticas e constrangedoras com sua nova família.

Todavia, não se deve olvidar que a excessiva morosidade desse processo no Brasil acaba por trazer também algumas frustrações à criança, que já foi retirada de sua família natural e agora é obrigada a conviver em lares de adoção, sendo estes, por vezes, ambientes que não oferecem um local adequado para o pleno desenvolvimento infantil. De igual forma também, os adotantes sofrem e se frustram

com a excessiva demora, e, em alguns casos, acabam perdendo o interesse em adotar.

Em outras palavras:

É tal a burocracia para disponibilizar crianças à adoção que, quando finalmente isso acontece, muitas vezes ninguém mais as quer. Os candidatos a adotá-las perderam a chance de compartilhar da primeira infância do filho que esperaram durante anos na fila da adoção. É tão perverso o cerco para impedir o acesso a crianças abrigadas que os integrantes do cadastro de adotantes não são admitidos para realizar trabalho voluntário (DIAS, 2016, p. 816).

Assim, tendo em mente todos os requisitos e procedimentos apresentados, faz-se mister considerar sempre o que é melhor para a criança ou adolescente. Maria Berenice Dias (2016, p. 815) aponta da seguinte forma:

O filho não é uma "coisa", um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao seu interesse - quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo - ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227).

Além disso, com a morosidade desse sistema de adoção, prejudica ainda mais justamente aquele a quem o sistema pretende proteger, a criança. Como já mencionado, na impossibilidade de a família natural permanecer com a criança ela deve retornar ao instituto:

[...] é dada preferência à família extensa ou ampliada. Pelo conceito legal, são os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (ECA, 25 parágrafo único). No entanto são feitas demoradas buscas de parentes que nem conhecem a criança. Só após incessantes e infrutíferas tentativas é que tem início o demorado processo de destituição do poder familiar. Mais um laudo psicossocial é realizado, na tentativa de manter o filho com a mãe. Inclusive a Defensoria Pública é orientada a recorrer sempre, até quando os genitores foram citados por edital (DIAS, 2016, p. 816).

Pensando nisso, principalmente tendo como base os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, faz-se necessário analisar a constitucionalidade e aplicação do caso a caso da proibição da adoção dos netos pelos avós, a fim de que o melhor interesse da criança seja preservado, e que ela consiga ser instituída em um seio familiar sem excessiva morosidade.

## 5 DA ADOÇÃO AVOENGA - CONSIDERAÇÕES GERAIS

A adoção avoenga é aquela em que possibilita que os descendentes (netos) sejam adotados pelos seus ascendentes (avós). Na atual construção do ordenamento jurídico brasileiro, esta opção ainda é expressamente vedada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe em seu art. 42 que “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. §1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando” (BRASIL, 1990). A esta regra cabe as seguintes exceções: quando a criança ou adolescente se tornar órfão ou quando os pais biológicos forem destituídos do Poder Familiar.

Essa vedação emergiu com a prática constante da população em tentar fraudar a seguridade social. Mediante ela os proventos se manteriam na família com a morte dos avós. Somado a isto, por se tratar de um filho adotado que, a partir da Magna Carta de 1988, adquiriu os mesmos direitos dos filhos biológicos, a Previdência Social não poderia recusar dar este benefício. Nesse sentido, o doutrinador Rolf Madaleno (2018) vislumbra os problemas desse modelo de adoção, quando elenca

[..] a perspectiva material no âmbito do direito sucessório, pois ao adotar um neto o avô o estará igualando à condição de coerdeiro de seu próprio genitor.

Outro propósito financeiro da adoção de neto por avós decorre do propósito de torná-lo dependente previdenciário, com vistas à assistência médica e securitária, em particular nos casos da pensão de militar, usualmente transmitida às filhas mulheres, cujo benefício não perdiam mesmo quando casavam.

Portanto verifica-se que a saída plausível encontrada pelo legislador foi vedar expressamente este tipo de adoção. Nesse sentido, tem-se o entendimento da doutrina, nas lições de Madaleno (2018, p. 859):

A adoção por um avô, além de ensejar a confusão familiar do neto transmutado em irmão de seu pai, nada modifica em referência à principal função do instituto da adoção, de criar laços afetivos, porque esses vínculos de afeto já existem entre avós e netos, e tampouco com o propósito de formar uma família substituta a quem não a tem, circunstância igualmente incorrente no caso dos netos adotados por avós.

Entretanto, no contexto jurídico brasileiro do século XXI, o juiz não é um juiz

de leis, mas de direito. Logo, não cabe a ele fazer uma análise crua da lei, e sim utilizar-se da hermenêutica jurídica para interpretá-la, averiguando sua aplicabilidade no caso em concreto.

Ainda nessa conjuntura, nota-se que a aplicabilidade fria do Art. 42, § 1º, do ECA, tem caráter inconstitucional em alguns casos, na medida em que ela atenta contra a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (TALAVERA, 2016).

Isso porque afronta os artigos que frisam que a criança deve permanecer em seu lar natural, a fim de manter vivo o elo de afinidade e afetividade já construído, bem como a expõe a um ambiente conturbado, onde a mesma ficará à mercê de um sistema de adoção burocrático e moroso, que privilegia crianças de até cinco anos.

Contudo, antes de iniciar uma análise principiológica e hermenêutica do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange a questão da adoção avoenga, faz-se necessário verificar a crescente atuação dos avós na construção familiar.

## 5.1 DA PARTICIPAÇÃO DOS AVÓS NA CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA DO SÉCULO XXI

É notório a constante participação dos avós na criação dos netos no mundo atual. Com o aumento da expectativa de vida, que em 2009 girava em torno de 73,1 anos de vida (IBGE, 2011), os avós, que antes não tinham muito tempo para cultivar esse vínculo de afinidade e afetividade, hoje podem conviver mais com seus netos. Esse fato reestruturou toda a construção familiar, pois aqueles passaram a atuar como atores sociais no desenvolvimento destes.

Nesse sentido é possível notar que os idosos tiveram seus papéis confundidos a partir do momento em que eles começaram a desempenhar também o papel de pais. Isso se verifica nas relações em que os pais, demasiadamente atarefados, não conseguem conciliar as suas atribuições profissionais, pessoais e parentais (VARGAS *et al.*, 2018).

Dessa forma, há necessidade que os avós integrem mais efetivamente as relações familiares, a fim de que seus filhos tenham tempo de desempenhar suas funções profissionais e, de igual forma, seus netos recebam a atenção necessária.

A grande problemática que emerge deste novo modelo familiar se destaca naquelas famílias em que os pais entregam a criança para ser criada pelos avós,

isentando-se de cuidar e manter contato com as mesmas. Com o passar do tempo, essa substituição de papéis pode causar um conflito mental para a criança, que não reconhece mais os avós com essa classificação, mas como pais.

Dessa forma, todo o desenvolvimento psicológico e de identidade da criança fica atrelada a uma realidade em que ela é cuidada e educada por alguém que a sociedade e seu registro de nascimento dizem ser seus avós, quando para ela são seus pais.

A adolescência, que é um período em que a criança sofre diversas mudanças, tanto psíquicas quanto corporais, é o ambiente mais propício para se verificar as consequências dos conflitos gerados pela configuração familiar explicitada.

Segundo Aberastury e Knobel (1989, p. 30), “a consequência final da adolescência seria um conhecimento de si mesmo como entidade biológica no mundo, o todo biopsicossocial de cada ser nesse momento de vida”. Todas as experiências vivenciadas pela criança se refletirão em seu desenvolvimento, essencialmente no que tange os “lutos da adolescência”, como chama este autor, que são momentos cruciais que todos passam e que influenciam diretamente na identidade adulta que está sendo criada.

A forma como a criança vai expressar seus sentimentos, variações de humor e estado de ânimo estão diretamente ligadas “a quantidade e a qualidade da elaboração dos lutos da adolescência [que] determinarão a maior ou a menor intensidade dessa expressão e desses sentimentos” (ABERASTURY e KNOBEL, 1989, p. 58).

É válido lembrar que, a partir do momento que a criança não consegue se encaixar no seio familiar e criar sua identidade a partir dele, ela pode vir a buscar por ambientes e grupos externos. Esses grupos, entretanto, podem lhe influenciar tanto positiva quanto negativamente. Neste último caso, para se sentir incluso em algum meio social, “é preferível [para o adolescente] ser alguém perverso, indesejável, a não ser nada” (ABERASTURY e KNOBEL, 1989, p. 32).

Ou seja, além de o adolescente ter a preocupação com todas as cobranças trazidas por esses lutos, ainda deve reviver constantemente seus questionamentos sobre o porquê seus pais biológicos não puderam ou não quiseram cuidar dele, todas as vezes que tem que explicar para alguém que os responsáveis por sua criação e educação são seus avós, que, nesse caso, desempenham a função de pais.

## 5.2 ADOÇÃO AVOENGA E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A afetividade, dentre outros princípios, evidencia-se como um elemento de extrema importância para a configuração e boa manutenção da entidade familiar.

A família, como visto anteriormente, não se restringe aos laços biológicos, sendo reconhecida, pela Lei nº 11.340/2006, em seu Art. 5º, II, como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (BRASIL, 2006).

Ao contrário do que se pode imaginar, “[...] a afetividade é princípio jurídico, gerando consequências concretas para o Direito Privado” (TARTUCE, 2017, p. 994). Em se tratando da adoção, tendo em vista os princípios que a permeiam, é possível verificar a aplicabilidade deste princípio quando analisado

O artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil, [que] **reforça os laços perenes da adoção**, ao ordenar a extinção do poder familiar pelo ato de adoção, isso porque transcorre uma sucessão legal dos vínculos de sangue para os liames estabelecidos com a adoção, formando um **inquebrantável elo paterno-filial entre adotante e adotado**, e sendo ordenados com a adoção os **mesmos direitos e as mesmas obrigações presentes na filiação natural**. (MADALENO, 2018, p. 883) [grifo nosso].

As relações conjugais, bem como as filiações, tornaram-se reconhecidas no direito das famílias como fundadas em um vínculo de amor e afetividade (DIAS, 2016). Ou seja, a partir do momento que em uma relação uma das partes se comporta como pai e mãe e a outra como filho, mesmo que inexistir qualquer laço consanguíneo, há uma constituição de filiação socioafetiva.

O vínculo afetivo desenvolvido por este tipo de filiação, assim como para outros tipos, é relevante para o desenvolvimento da criança. Segundo René A. Spitz (2004) após observar que bebês separados de seus pais (órfãos ou abandonados), e deixados em lares de adoção ou orfanatos, que recebiam pouco afeto e atenção, afirma que as crianças tiveram efeitos devastadores pela falta de afeto ou atenção de forma constante, pois em ambientes em que viviam não recebiam o alimento de forma afetiva, mas com o intuito de sobrevivência, com o decorrer do tempo o bebê se tornava um ser apático e sem tonicidade perdendo o interesse em se alimentar e em casos extremos, até mesmo morrer.

Nessa medida, o ordenamento jurídico brasileiro em seu regulamento geral,

apresenta-se como um garantidor desta relação estabelecida, logo, ele almeja resguardar os princípios de proteção integral da criança e do adolescente, da solidariedade e da dignidade humana, que permeiam o seio familiar.

Apesar disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Art. 42, § 1º, destoa da aplicabilidade dos princípios apresentados no plano fático no momento em que apresenta uma vedação a adoção de descendentes por ascendentes de uma forma fria, sem brechas aparentes para a análise hermenêutica da lei e sua aplicabilidade no caso em concreto. Ou seja, há aqui um impedimento total para a adoção.

Esse impedimento conforme já mencionado, foi elencado essencialmente para vetar as fraudes a seguridade social, evitar indesejadas inversões e confusões nas relações familiares, bem como as questões patrimoniais e sucessórias, além dos impeditivos matrimoniais. Desta feita, para alguns doutrinadores, como Rosenvald e Farias (2017), e Guilherme de Souza Nucci (2014), basta a aplicabilidade da guarda ou tutela para que o melhor interesse do infante seja resguardado, não sendo, portanto, necessária sua adoção.

No obstante, os motivos apresentados para tornar legítima a aplicabilidade do Art. 42, § 1º, do ECA, afrontam diversos princípios constitucionais. Em um primeiro plano pode-se falar que há a inversão de valores quanto ao princípio da boa-fé que, em regra, deveria ser presumida, enquanto a má-fé deveria ser provada.

De outro lado, nota-se que ao invés de preconizar o bom desenvolvimento da criança e do adolescente buscando o melhor para eles, a fim de que lhes sejam resguardados os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade, o legislador preferiu conferir prioridade as questões patrimoniais e sucessórias.

Neste contexto vale lembrar que os princípios inerentes a criança e ao adolescente, constantes no Art. 227 da CF88, são de absoluta prioridade e tem aplicabilidade imediata (DIGIÁCOMO, 2017). Logo, uma lei infraconstitucional (ECA), que deveria ler interpretada a luz da Magna Carta, está na verdade indo contra os princípios norteadores das relações jurídicas familiares.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se mostra contraditório, pois, além de ir contra a Constituição Federal, também se contradiz dentro de seu próprio conteúdo. Em termos gerais, este código defende a proteção integral da criança e do adolescente, afirmando que o infante deve permanecer com sua família natural ou

extensa e, excepcionalmente, ser transferido para uma família substituta. Entretanto, traz medida expressa que contraria claramente esta normativa e, como dito anteriormente, o contexto para a inserção desta medida foi patrimonial sobressaindo a um direito fundamental.

Frisa-se que o que deve ser buscado é o melhor interesse do infante. Sendo assim, promover-lhe uma situação de instabilidade jurídica e emocional a fim de cumprir com o mandamento frio contido no § 1º do Art. 42, do ECA, que inclusive desrespeita os princípios fundamentais conferidos a criança e ao adolescente pela Constituição Federal, não parece ser o mais viável.

Assim, diante da dificuldade em atender as expectativas quanto ao suprimento das necessidades dessas crianças e desses adolescentes e para evitar o entrave de uma possível adoção e a continuação dessa criança no sistema aguardando um lar, a adoção hoje proibida para os avôs, seria uma solução adequada para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

De igual forma segue o entendimento dos Tribunais em situações correlatas. Frisa-se que o Superior Tribunal de Justiça (2014, on-line) já decidiu nos seguintes termos:

Estatuto da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de adoção com 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, caput, 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.

No caso acima relatado, a criança de 08 anos havia sido adotada por um casal. Na época da adoção ela já se encontrava grávida, vítima de um estupro. Todavia, no momento de registrar a criança, como não havia qualquer decisão em sentido contrário, o menino foi registrado no nome da mãe de fato, com 09 anos na época. Como o registro da mãe ainda não havia sido alterado, a criança nascida teve seu registro feito com informações desatualizadas, que não foram posteriormente retificadas.

Assim os adotantes, a fim de regularizar a realidade fática em que aquelas crianças estavam crescendo, entraram com um pedido de adoção para com a criança que foi gerada desta concepção, visto que tanto essa menina como seu filho

foram criados como se irmãos fossem, e reconheciam os adotantes como pais, e não avós. Ou seja, durante toda a criação das duas crianças o que prevaleceu foi a filiação socioafetiva.

Neste ponto da análise, faz-se mister notar que a mera concessão da guarda da criança para os avós não solucionaria o problema, na medida em que, no plano fático, já havia uma confusão de filiação. Seguindo esta ideologia, o Ministério Público apelou com severidade sobre o caso, alegando que a situação de fato não mudaria e que havia previsão expressa contida no Estatuto da Criança e do Adolescente que vedava esse tipo de prática, mas, apesar disso, o Tribunal Catarinense manteve sua decisão.

O que se deve ter em mente é que a situação fática apresentada era revestida de peculiaridades que fugiam a aplicabilidade pura do estatuto. A análise realizada foi no sentido de que deve prevalecer o melhor interesse do infante e a dignidade da pessoa humana, balizados pelo princípio da afetividade. Essa verificação na visão da melhor doutrina e jurisprudência, seria capaz de mitigar o § 1º, Art. 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser admitido, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, devido a interpretação principiológica e hermenêutica deste parágrafo.

Importante ressaltar ainda que, a morosidade do sistema judiciário brasileiro muitas vezes afronta diretamente diversos direitos fundamentais e princípios basilares da Constituição Federal.

## **6 CONCLUSÃO**

Restou demonstrado que a formação de uma família é uma expressão natural do ser humano. Entretanto, a denominação deste instituto, ao longo do tempo, sofreu significativas mudanças. Atualmente, a configuração deste instituto não se restringe a união de um homem, uma mulher e seus filhos.

Como ficou evidenciado, o Estado reconhece nos dias atuais a união de casais do mesmo sexo, de sexo opostos, que podem possuir (ou não) filhos de seu próprio sangue, seja por meio da fertilização natural ou *in vitro*, como também filhos adotados.

Com relação ao conceito de adoção, foi realizado nesta pesquisa uma análise histórica deste instituto, que já existe desde o Código de Hamurabi, datado por volta

de 1700 a.C. A princípio, foi possível perceber que a adoção era restrita àqueles que não podiam ter filhos, e atribuía uma classificação diferente ao filho adotado em relação ao filho biológico, principalmente quanto a critérios sucessórios.

Com o passar do tempo, especialmente com o advento da Revolução Francesa, a adoção recebeu tratamento diferenciado. Houve por parte do Estado o reconhecimento, por exemplo, do melhor interesse do adotado, conferindo-lhe, aos poucos, os mesmos direitos do filho biológico. Essa segurança jurídica se apresentou no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, sendo seguida, especialmente, pelas Lei 8.069/90 (ECA) e 12.010/09.

Como visto, a referida mudança de interpretação deste instituto só foi possível porque houve também o reconhecimento da afetividade na família. Como foi apresentado, o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, no que tange o contexto familiar, não deve se restringir a afinidade e afetividade desenvolvida com seus parentes consanguíneos.

Ou seja, mesmo que a criança tenha sido adotada, seja por um casal heterossexual, homossexual, ou até mesmo por uma só pessoa, o que lhe conferirá um bom desenvolvimento familiar, de forma a fazer com que ela de fato crie laços de pai e filho, é a afetividade.

Tendo isso em mente, foram elencados as modalidades, requisitos e procedimentos da adoção. Contudo, após a análise destes dados foi possível verificar que o Brasil é um país que ainda possui um sistema de adoção burocrático e moroso, motivo pelo qual muitas crianças e adolescentes continuam a sofrer diversas situações conflituosas enquanto esperam por serem selecionadas.

De outro lado, há também os adotantes que, algumas vezes, acabam desistindo de concretizar o procedimento de adoção justamente por tamanha demora. Todavia, esta demora assinalada não se deve ao fato de que não existem pessoas suficientes interessadas em adotar. O que ocorre é que, na maioria das vezes, as crianças aptas a serem adotadas, ou seja, aquelas que se encaixam nos padrões dos adotantes, são minoria.

A partir desta análise foi possível verificar que a adoção avoenga, que atualmente é vedada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser considerada inconstitucional, na medida em que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da permanência da criança em sua família natural e da solidariedade.

Somado a isto, ainda é possível apontar após a pesquisa que o sopesamento de princípios apresentados por esta norma infraconstitucional privilegiou muitas vezes um princípio de natureza econômica, em detrimento de outro que a própria Constituição Federal de 1988 preceitua ser um direito fundamental.

Ora, se a Constituição Federal dispõe que a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, deveria desta feita ser tratado com prioridade, pois tem aplicabilidade imediata. Além disso, a boa-fé, em regra, mostrou-se ser presumida, enquanto que a má-fé deveria ser provada.

Como exemplo, foi demonstrado a celeuma instaurada no REsp 1.448.969/SC, no qual foi possível verificar que apenas a aplicação literal da norma não seria capaz de solucionar a demanda atendendo ao melhor interesse da criança em questão e ainda atender ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, fez-se necessário, um novo olhar do aplicador do direito, para a melhor aplicação do § 1º, do Art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que traz a vedação expressa a adoção avoenga. O referido recurso é de um casal que adotou uma criança de oito (8) anos que estava grávida, vítima de um abuso sexual, como a pequena genitora, por óbvio, não possuía condições mínimas de exercer a maternidade com tão pouca idade, a criança que veio a nascer dessa violação sexual foi registrada apenas no nome da mãe, foi cuidada e criada desde o seu nascimento pelos pais adotivos dela (a mãe) os avós criaram o neto como se fosse filho e a mãe cresceu ao lado do seu filho como se fossem irmãos.

Para tanto, o juízo utilizou da hermenêutica jurídica e da análise principiológica, tendo em vista o caso concreto, para expedir uma decisão aprovando a adoção avoenga. Assim, na medida em que o Estado privilegia a permanência da criança em sua família biológica, consegue manter os laços de afinidade e afetividade já existentes.

Por fim, restou evidente que esta modalidade de adoção pode ser uma solução para parte dos problemas do sistema da adoção no Brasil, bem como também evitar que a criança permaneça em um sistema extremamente burocrático e moroso e que não atende muitas vezes a devida proteção integral.

## REFERÊNCIAS

ABERASTURY, A.; KNOBEL, M. **Adolescência Normal**: Um Enfoque

Psicanalítico. Tradução de Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre: Artmed, 1989.

BRASIL. STJ. **Informativo de Jurisprudência n 567**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270567%27>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoções: 1.226 adoções realizadas em 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84325-cadastro-nacional-de-adocoes-1-226-adocoes-realizadas-em-2016>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **ENCONTROS E DESENCONTROS DA ADOÇÃO NO BRASIL**: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_adocao\\_brasil.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_adocao_brasil.pdf)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado n 273**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/218>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Decreto-Lei nº 2.848**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Lei nº 3.133**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Lei nº 4.655**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4655.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Lei nº 6.697**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Lei nº 8.069**. 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 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Lei nº 10.406**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Lei nº 11.340**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **O processo de adoção no Brasil**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/o-processo-de-adocao-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; Digiácomo, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

DONZELOT, Jacques. **A Polícia das Famílias**. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal Ltda., 1980.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBGE. **BRASIL: Tábua Completa de Mortalidade - 2010**. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2010/notastecnica.s.pdf>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

JORGE, Dilce Rizzo. **Histórico e Aspectos Legais da Adoção no Brasil**. Brasília: Revista Brasileira de Enfermagem. v. 28. n. 2. 1975. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71671975000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71671975000200011)>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

LEVIZON, Gina Khafif. **Adoção: Clínica Psicanalítica**. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo Livraria e Editora Ltda, 2004.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STJ. Recurso Especial: Resp 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. DJ: 25/10/2011. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

STJ. Recurso Especial: REsp 1421409 DF 2013/0391308-6. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 18/08/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/377220945/andamento-do-processo-n-2013-0391308-6-recurso-especial-25-08-2016-do-stj>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

SPITZ, René Arpad. **O Primeiro Ano de Vida**. Tradução Erothildes Millian Barros de Rocha. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda, 2004.

TALAVERA, Vera Mônica de Almeida. **Tribunais reconhecem possibilidade de adoção por avós**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/vera-talavera-adocao-avos-proibicoes-possibilidades>>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

VARGAS, H. L. *et al.* **Famílias e Direitos no Contexto Sociojurídico da Atualidade**. Salvador: Centro de Estudios por laAmistad de Latinoamérica, Asia y África - CEALA, 2018.