



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ADOÇÃO PELOS AVÓS POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MÃE
BIOLÓGICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Anna Gabriela Bezerra dos Santos

Rio de Janeiro
2018

ANNA GABRIELA BEZERRA DOS SANTOS

A ADOÇÃO PELOS AVÓS POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MÃE
BIOLÓGICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A ADOÇÃO PELOS AVÓS POR IMPOSSIBILIDADE PSICOLÓGICA DA MÃE BIOLÓGICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Anna Gabriela Bezerra dos Santos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – as estruturas familiares estão em constante mutação, o que permite o Direito de Família adotar uma visão mais neoconstitucional. O processo de adoção tende cada vez dar enfoque nos vínculos socioafetivos, principalmente quando se trata de uma relação quando os avós tratam seus netos como filhos fossem. A essência desse trabalho é demonstrar que é possível flexibilizar o artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que proíbe expressamente a adoção pelos ascendentes. Essa flexibilização deve ser feita de forma interdisciplinar a depender de cada caso, com o olhar para aqueles que sentem pais novamente com o nascimento dos seus netos: os avós, especialmente em situações de abalos psicológicos das mães biológicas.

Palavras-chave – Direito de família. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção por avós. Princípio do melhor interesse da criança.

Sumário – Introdução. 1. Da possibilidade de flexibilização do art. 42, § 1º, do ECA. 2. Da prevalência da chamada posse do estado de filho e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 3. Da análise de casos controvertidos em que a mãe não tem condições psicológicas de criar o filho. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de adoção pelos avós por abalos psicológicos da genitora. A adoção é considerada um ato jurídico que tem por fim criar entre duas pessoas relações jurídicas idênticas às que resultam de uma filiação de sangue.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, as questões se norteiam sempre pelo princípio do melhor interesse da criança, além do que o privado do direito civil passou a ganhar normas de ordem pública, o que garantiu aos menores direitos defendidos pelo Estado.

Não basta a Constituição Federal, o corpo de legislação em geral e o alicerce principiológico contemplarem e assegurarem os direitos para a proteção da criança e do adolescente, é necessário que analise o processo de adoção de forma interdisciplinar a situação de cada criança e adolescente, com o olhar para aqueles que sentem pais novamente com o

nascimento dos seus netos: os avós, especialmente em situações de abalos psicológicos maternos.

Para tanto, é essencial a análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se as relações avoengas de boa-fé devem ser articuladas com sensibilidade em não seguir a letra fria da lei.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as possibilidades e reflexões sobre a flexibilização do artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. É analisado se há uma necessidade de um novo sistema normativo que disponha sobre a adoção direta dos avós analisando todo o contexto fático e probatório da situação para não partir do pressuposto de afastar automaticamente o art. 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que o mencionado artigo dispõe que " não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando."

Também é analisado, no segundo capítulo da pesquisa, a prevalência da chamada posse do estado de filho e o princípio do melhor interesse do menor, em que envolve a importância do laço afetivo e a construção de um vínculo pelo qual não se baseia em relações biológicas.

No terceiro capítulo, pesquisa-se casos controvertidos sobre a mãe da criança ter abalos psicológicos a ponto de impedir de cuidar do filho. Um exemplo utilizado é o caso de violência sexual que os pais assumiram a criação do neto, situação que se prolongou durante todo o desenvolvimento do menor. Após, os avós pediram autorização para adotar o neto, alegando que estabeleceu "verdadeiro" e "indiscutível" vínculo de parentalidade socioafetiva.

Neste sentido, o trabalho tem o enfoque em situações corriqueiras que, diante do ordenamento jurídico, impedem a adoção direta pelos avós, quando, na verdade, isso só é prejudicial à criança.

Em muitas relações avoengas, os laços afetivos se sobressaem em comparação aos laços biológicos e a criança e/ou adolescente são tratados como filhos fossem. O amor, carinho e afeto dos avós para com os netos constituem uma espécie de vínculo insubstituível quando a criança, desde seu nascimento, enxerga seus avós como pais.

Portanto, a adoção de seus netos não configuraria um novo contexto familiar capaz de causar uma confusão mental na criança, pelo contrário, só confirmaria a relação de filiação socioafetiva.

Por conseguinte, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DA DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 42, §1º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sabe-se que a família é considerada o pilar da sociedade. Ao longo do século XXI, registram-se mudanças no conceito de família e, o mais importante no sentido de ser família, hoje, é a construção do laço afetivo e do convívio, não mais prevalecendo o tradicional laço sanguíneo.

Em 1988, o Brasil se insurgiu de uma revolução social, principalmente em relação à questão familiar. Via-se uma enorme preocupação em adotar a doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente que teve como marco o artigo 227 da Constituição Federal.¹

Convém dizer que a família perdeu seu caráter tradicional linear, compostas por pais e filhos, ou seja, pessoas unidas pelos laços matrimoniais e consanguíneos. Em que pese um conceito moderno e plural, a família é caracterizada pelo vínculo afetivo e pelo convívio, deixando a necessidade de ter laços de sangue.²

A adoção, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como decorrência o exercício do poder familiar, exigindo que sejam apreciadas as condições do adotante para cuidar dos interesses da criança ou do adolescente, para tê-los em sua companhia, em sua guarda, para que possa prover o sustento e educação.

As adoções pelos avós por seus netos, com a proibição expressa do artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, necessitam de soluções mais dinâmicas quando demandadas no Poder Judiciário. Nesta diapasão, o judiciário precisa de decisões envolvendo não só a letra da lei, como também da análise do vínculo socioafetivo entre a adotado e o adotante.

Quando se trata de adoção, o preceito do art. 42, § 1º, do ECA tem recebido temperamentos, tendo em vista principalmente os melhores interesses do menor. As

¹BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicaohtm Acesso em: 27 fev. 2018.

² ALMEIDA, TANIA. *A Mediação Familiar no contexto de guarda compartilhada: Particularidades da Mediação Familiar*. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_16mediacao_familiar.html Acesso em: 18 abri. 2018.

sentenças, quando envolvem sentimentos, as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas e a resposta judicial, por vezes, requer uma leitura aquém da legislação.³

A princípio, os vínculos de parentesco impeditivos para a adoção são os ascendentes e os irmãos do adotando. Ressalta-se que essa proibição do art. 42, § 1º do ECA foi baseada em dois preceitos: evitar a confusão mental da criança e do adolescente em “transformar” os avós em pais e evitar que a adoção fosse realizada apenas com intuito patrimonial ou assistencial para não ter problemas decorrentes de questões hereditárias e fraudes previdenciárias.

Desse modo, quando os avós acionavam o Poder Judiciário para entrar com o pedido de adoção de seus netos, o processo era extinto, sem resolução do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido, visto a violação de norma cogente, sendo uma proibição expressa da adoção por ascendentes estabelecida pelo art. 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O conceito de família até então restrito, passou a ser mais amplo e plural, sem alterar o real significado de família que é a ideia de convivência harmônica e a felicidade em busca do melhor interesse do menor.⁴ Por esse motivo, os Tribunais vêm mitigando, com a análise minuciosa de cada caso concreto, o artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Recentemente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, admitiu a adoção de neta pelos avós em situação peculiar em que a pouca idade da mãe da adotanda impediu a formação dos laços naturais da maternidade biológica.⁵

De fato, não é uma tarefa fácil identificar a melhor solução que atenda efetivamente os interesses da criança ou do adolescente. Com isso, é de suma importância que a Justiça da Infância e da Juventude atue a partir do caso concreto, analisando sob uma ótica interdisciplinar os princípios vigentes no ECA.

Apesar de não incumbir ao Poder Judiciário se imiscuir em ponderação de princípios, se o próprio legislador já o fez, o ECA estabelece, no art. 6º, que o juiz poderá interpretar a lei levando em conta os fins sociais e o bem-estar do adotando.⁶

De acordo com o entendimento de Guilherme Nucci⁷, o dispositivo supramencionado pretende indicar ao Poder Judiciário, a forma mais adequada para interpretar o conteúdo do ECA: na dúvida, em prol da criança e do adolescente.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual e Direito das Famílias*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p.80.

⁴ ALMEIDA, op. cit.

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp n° 1448969/SC*, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: Acesso em: 27 fev. 2018.

⁶ *Ibidem*.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza: *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 27.

Nesse aspecto, para que o artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente possa ser flexibilizado, deve ser analisado em que condição o infante é inserido na família, a estrutura que permeia a família, se há ruptura da família de fato, se não há confusão mental para a criança/adolescente ser adotado por seus avós.

Tendo em vista o cenário social e afetivo que o infante se insere, de maneira excepcional, os Tribunais Superiores adotam o posicionamento de que quando os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva, pode-se mitigar o disposto no art. 42, § 1º do ECA, à luz do princípio do melhor interesse do menor e a dignidade da pessoa humana.⁸

Segundo Rolf Madaleno⁹, as jurisprudências e as doutrinas modernas vêm prestigiando a verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou mãe, em suma de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial. Diante desse da mudança social do conceito de família, prevalece os laços afetivos e o interesse do infante para solucionar os casos concretos.

2. DA PREVALÊNCIA DA CHAMADA POSSE DO ESTADO DE FILHO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para a sociedade atual, as relações de filiação ultrapassam limites genéticos para valorizar relações que envolvam o afeto. A paternidade deve ser vista como uma forma construtiva de relacionamento. Com esse novo olhar, surgem conceitos até então nunca consagrados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a chamada posse do estado de filho.

No âmbito das relações familiares e de suas complexidades, há cada vez mais casos de crianças e adolescentes afastados dos seus pais biológicos que passam a conviver com pessoas que assumem a função de pais.

Para a proteção da criança e do adolescente, por sua condição vulnerável dentro da sociedade, foi estabelecido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente observado no artigo 227 da Constituição Federal¹⁰ que, de acordo com o artigo supramencionado, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente uma série de direitos com absoluta prioridade.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp n° 1635649*, Relatora: Ministra Nancy Angrigui, Disponível em: Acesso em: 27 fev. 2018.

⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 525/526.

¹⁰ BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

Ademais, pode-se afirmar que foi através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que ocorreu a regulação do art. 227 da Magna Carta.¹¹ O ECA é considerado um microsistema que visa fortalecer os vínculos familiares, tendo a adoção uma medida de atender à dignidade e ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Nas palavras de Sávio Bittencourt¹²:

O princípio do melhor interesse coloca a criança ou o adolescente em um patamar de superioridade jurídica, quando seus interesses colidem com os de pessoas adultas, vale dizer, a proteção da criança determina que sejam contrariadas vontades e expectativas de adultos, ainda que sejam seus genitores e parentes. Esta prevalência se sustenta no fato de ser a criança e o adolescente uma pessoa em formação, que deve ser defendida com a urgência necessária para que tenha condições favoráveis de crescimento, enquanto a inda vive a infância ou a adolescência.

Este princípio sugere que as crianças e os adolescentes devem encontrar no Estado o apoio necessário para o atendimento de suas necessidades, para que o desenvolvimento desses indivíduos seja de forma saudável e digna da formação de um caráter.

Por sua vez, a legislação civil¹³, no art. 1593, estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” Nesta diapasão, esse artigo abriu pretexto para o surgimento de alguns enunciados da Jornada Civil¹⁴ referentes ao tema da paternidade socioafetiva, como o mencionado a seguir:

Enunciado 103 - Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art.1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente, quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possui legislação própria sobre o estado da posse de filho, o conhecido estado de “filho de criação”, porém a temática está sendo objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, guiada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade, pluralismo familiar e melhor

¹¹Ibidem.

¹² BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013 p. 35.

¹³ BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL, *Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.

interesse da criança e do adolescente, como o provimento n° 63 do Conselho Nacional de Justiça exposto a seguir no presente trabalho.¹⁵

Importante salientar o conceito da posse de estado de filho, nas palavras da doutrinadora Jacqueline Filgueiras Nogueira¹⁶, *verbis*:

A “posse de estado de filho” constitui a base sociológica da filiação, é esta noção fundada nos laços de afeto, o sentido verdadeiro de paternidade. Portanto, é essa noção que deve prevalecer em casos de conflitos de paternidade, quando as presunções jurídicas já não bastam e não convencem, ou quando os simples laços biológicos não são suficientes para demonstrar a verdadeira relação entre pais e filhos. Não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias.

Neste sentido, a posse do estado de filho se configura com base na convivência, na criação e no afeto. São relações de paternidade/maternidade que se sobrepõem ao aspecto biológico. É alguém assumir com responsabilidade o papel de pai e o outro de filho, dando-lhe amor, carinho, educação, alimentação, saúde. Pode-se afirmar que esses são elementos essenciais para o bom desenvolvimento e para a dignidade da pessoa humana.

Para o ministro Luiz Edson Fachin¹⁷, a posse de estado de filho é constituída por três elementos: a) tratamento- presente quando o indivíduo é tratado como filho; b) nome- ocorre quando ao filho é atribuído o nome dos pais; c) fama- há repercussão social em relação a filiação.

Em novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento n° 63, através do qual disciplinou o procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva, perante os Ofícios Do Registro Civil das Pessoas Naturais. O artigo 12 do Provimento n° 63/2017 do CNJ prevê que “suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.”

Desse modo, muitos doutrinadores, como Carlos Magno da Souza¹⁸, defendem que um dos requisitos impostos pelo CNJ para reconhecer a filiação socioafetiva seria a condição da

¹⁵ SALOMÃO, Marcos, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcos-salomao-norma-cnj-mostra.pdf>. Acesso em 10 ago. 2018.

¹⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras Nogueira. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 113-114.

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em REsp n° 1371843-SP*. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>. Acesso em: 11 ago. 2018.

¹⁸ DE SOUZA, Carlos. *Conselho Nacional de Justiça cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva*. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pg=x19leglizv9v> acesso em: 10 ago. 2018.

posse do estado de filho. Para ele, além do requisito da manifestação de vontade do requerente da filiação, dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, a referida norma impõe ao oficial de registro a necessidade de observar a configuração da posse de estado de filho como condição indispensável à caracterização da filiação socioafetiva.

Além disso, para a configuração da filiação socioafetiva é essencial o requisito da vontade e da voluntariedade do apontado pai/mãe de ser reconhecido juridicamente como tal. As manifestações de afeto e carinho somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver por parte daquele que depende o afeto, certeza da intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança ou adolescente.¹⁹

Portanto, o afeto na infância é muito importante para o desenvolvimento da criança, visto nesse período a criança é o centro das relações e do seu mundo. A posse de estado de filho à luz do melhor interesse da criança e do adolescente é considerado, na atualidade, legitimador essencial para o reconhecimento da paternidade e da filiação.

3. DA ANÁLISE DE CASOS CONTROVERTIDOS EM QUE A MÃE NÃO TEM CONDIÇÕES PSICOLÓGICAS DE CRIAR O FILHO

A visão sobre o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma hipótese taxativa. Como já tratado nesse presente trabalho, o conceito de família sofreu mutações e, com isso, os avós ganharam um importante papel para um grande número de crianças e adolescentes que são sustentados e cuidados por seus ascendentes. Porém, alguns não são criados como netos, mas como verdadeiros filhos.

Nas palavras de Adriana Kruchin Hirschfeld²⁰:

Não podemos olvidar que os avós, por sua experiência de vida e estabilidade pessoal, a princípio, são mais qualificados do que outras pessoas que, com apenas 18 anos de idade, maioridade reduzida pelo Código Civil, ou apenas se encontrem em união estável, são legalmente autorizados a adotar.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente baseia a proibição expressa no artigo 42, 1º em argumentos genéticos. Em se tratando de laços sanguíneos, os avós adotando

¹⁹ BRASIL, Op. Cit.

²⁰ HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *A adoção pelos avós*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.5.

seus netos, será irmão de seu pai ou sua mãe. Nesta mesma linha de pensamento, também proíbe a adoção por irmãos.

Outros doutrinadores, como Arnaldo Marmitt²¹, defendem que o legislador se preocupou em não afetar a legítima do herdeiro necessário mais próximo ou de evitar fraudes à lei que adotam netos para fins de pensão, por exemplo. Desse modo, a proibição da adoção de neto por avós é vista com um caráter patrimonial, deixando de lado o caráter afetivo.

No entanto, pode-se dizer que a vedação contida no artigo 42, §1º do ECA deve ser suavizada, analisando cada caso, frente as suas peculiaridades e mediante ao prudente arbítrio do juiz em prevalecer o interesse do melhor interesse da criança e do adolescente, conciliando as pretensões dos avós como legítimas.²²

O Recurso Especial nº 1.635.649 - SP²³(2016/0273312-3) é importância para construir e retificar a lógica de que, em situações excepcionais, há a possibilidade de adoção pelos avós e uma possível flexibilização do artigo 42, §1º do ECA.

Esse julgado é o caso recente em que a criança foi concebida em circunstâncias traumáticas para a sua mãe que optou por prosseguir com a gestação, mas que com o nascimento do seu filho biológico, não reuniu condições psicológicas para criar a criança.

Com isso, os avós maternos supriram a justificada impossibilidade materna de assumir a criação de seu filho e, então, os avós criaram seu neto como filho fosse. Após passados 10 anos do tratamento equânime, estabelecendo uma relação íntima e afetiva com o neto, e também entre o infante e os filhos do casal – que se tratavam como irmãos- a real situação era os pais cuidando da prole, evidenciando uma filiação socioafetiva.

Desta feita, o casal pediu a adoção de seu neto com objetivo regularizar a situação de fato: sua mãe e tio biológicos eram seus irmãos.

A relatora Nancy Andrigui²⁴ afirma a possibilidade de flexibilizar o art. 42, §1º, do Eca, *in casu*:

Quando o próprio legislador quem outorga ao Estado-Juiz a possibilidade de, em linha de excepcionalidade, suplantando ou suplementando normas em nome do melhor interesse do menor, diz, implicitamente, que embora tenha regulado as relações intrafamiliares, há inúmeras circunstâncias, ditadas pela imprevisível dinâmica social, que podem fazer o sistema protetivo legislado conspirar contra os melhores interesses do menor e do adolescente, a quem pretende proteger. O princípio do melhor interesse

²¹ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Ibidem.

²² ZVEITER, Waldemar. *Adoção* Ibidem.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp* nº 1635649, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79886713&num_registro=201602733123&data=20180302&tipo=51&formato=PDF; Acesso em 27 fev. 2018.

²⁴ Ibidem.

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.

Para a Ministra Nancy Andrighi²⁵, são elencados como elementos justificadores da vedação à adoção por ascendentes a prevenção de “i) confusões 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.”

Na hipótese dos autos o adotando está à beira de completar 18 anos, ou seja, não há em que se falar em fraudes previdenciárias, por conta da idade; em relação às questões hereditárias, os herdeiros diretos (mãe e tio biológico) concordaram com o pedido dos adotandos.

É imaginável a confusão que causaria a adoção dos netos por seus ascendentes, dentro do direito de família tradicional, porém, no caso, o adotante sempre foi tratado como irmão da mãe biológica, inexistindo um novo contexto para ele, sendo desnecessário inserir-se em um novo ambiente familiar. Portanto, não correrá o risco do adotando ter uma confusão psicológica, já que prevaleceu desde seu nascimento o laço socioafetivo do que biológico.²⁶

Ademais, outro caso similar particular é os pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.²⁷

Veja-se que o Ministro relator Moura Ribeiro²⁸ concedeu a adoção do neto pelos seus avós por impossibilidade psicológica da mãe cuidar de seu filho biológico que, por ter pouquíssima idade à época da gravidez, também foi vítima de abuso sexual.

Pode-se afirmar que desde o nascimento, os pais adotivos cuidam da criança em todos os aspectos como se filho fosse, inclusive, em razão de a mãe do menor, à época do parto não ter condições psicológicas, sociais e financeiras para cuidar de seu filho.

Neste caso, a mãe biológica concordou com a adoção pleiteada e o estudo social foi favorável à adoção. O ministro foi claro em seu voto ao afirmar que o Direito da Criança e do

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.448.969 – SC*. Relator: Min Moura Ribeiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39117966&num_registro=201400864461&data=20141103&tipo=91&formato=PDD. Acesso em 27: fev. 2018.

²⁸ Ibidem.

Adolescente deverá ser pautado em princípios neoconstitucionais, principalmente em relação a adoção do princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, *verbis*²⁹:

Atualmente, caracteriza-se o instituto da adoção, em razão da Doutrina da Proteção Integral, como de solidariedade social, com conteúdo predominantemente humano e ênfase no vínculo afetivo, objetivando amparar o adotado. Essa evolução do Direito, na área da criança e do adolescente, somente foi possível por estar em sintonia com o elemento basilar do constitucionalismo moderno, que é o da observância a Princípios. Essa busca pela observância aos princípios e em especial ao Princípio da Dignidade Humana vem da necessidade, até mesmo histórica, de reconhecer e valorizar o ser humano como início e fim do direito.

Com efeito, as estruturas familiares devem ser vistas como uma mudança a cada dia. No atual cenário do Direito de Família, aspectos individuais devem ter destaque junto com os direitos de 3ª Geração. Prevalece, pois, laços de afeto para que se configure uma filiação socioafetiva e possibilite a flexibilização do estabelecido no artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente em razão do princípio do melhor interesse e da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a taxatividade do artigo 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente e a possibilidade de sua flexibilização, em virtude dos direitos de terceira geração, dos princípios neoconstitucionais e do princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

O embate enfrenta problemáticas da falta de estudo e de análise aparente daqueles que são proibidos pela legislação de adotarem, nos moldes do artigo 42, §1º do ECA. É constatado na pesquisa que a doutrina e a jurisprudência se volta para discorrer a respeito daqueles que podem adotar, bem como os que podem ser adotados. Contudo, os que não podem adotar, com enfoque no trabalho os ascendentes, são excluídos taxativamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e omissos pelo Código Civil.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as poucas decisões judiciais existentes sobre tais conflitos, – a proibição expressa da adoção de netos por avós e a possibilidade de flexibilização do artigo que o proíbe - são julgados com base na peculiaridade e particularidade de cada caso concreto.

²⁹ *Ibidem*.

Na prática, os relatores defendem a mudança das estruturas familiares ao longo do século, a preocupação do melhor interesse da Criança e do Adolescente, analisando se o adotando seria inserido em um novo contexto familiar e se a adoção causaria uma confusão mental para a criança e/ou adolescente.

Os votos dos Relatores analisados, faz uso cuidadoso dos princípios neoconstitucionais, principalmente os da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção Integral da Criança e do Adolescente. Os casos são humanizados e vistos sobre o prisma afetivo, autorizando que os avós continuem tratando os netos como filhos fossem, devido a casos singulares, principalmente os casos em que a mãe não tem menor condição psicológica de cuidar de seu filho biológico e é tratada como irmã desde o nascimento de seu filho.

Por flexibilizarem uma norma contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, é verificado que exige técnica hermenêutica mais complexa, como bem feito nos votos analisados no terceiro capítulo. O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que é preciso enxergar a realidade fática de cada situação para que se possa flexibilizar o artigo 42, §1º, do ECA, sendo bem fundamentado, dando destaque as relações afetivas construídas desde o nascimento da criança a ser adotada.

Em outras palavras, não há impedimento que os avós continuem assumindo a responsabilidade dos netos na situação em que as mães não possam assumi-los, em casos excepcionais. Os avós estão mais qualificados para assumirem a adoção dos netos por sua experiência de vida e pelo laço afetivo que cria com a criança.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de verificar que para o Direito de Família atual, as relações de filiação ultrapassam limites genéticos para valorizar relações que envolvam o afeto. A paternidade deve ser vista como uma forma construtiva de relacionamento, sendo que todos esses conceitos em construção vão ao encontro da possibilidade de adoção de netos por seus avós.

Esta pesquisa chegou ao entendimento de que o afeto na infância é muito importante para o desenvolvimento da criança e a posse de estado de filho, à luz do melhor interesse da criança e do adolescente, é considerada essencial para o reconhecimento da paternidade e da filiação.

A tentativa de justificar pelos doutrinadores os motivos da proibição da adoção dos netos por avós são dotados de impedimentos patrimoniais e genéticos. Porém, a flexibilização do artigo 42, §1º do ECA, faz com que os argumentos jurídicos bem fundamentados, em especial a adoção de princípios basilares, conferem legitimidade à decisão judicial em casos

classificados como particulares, como os analisados ao longo do terceiro capítulo dessa pesquisa.

Os principais argumentos usados por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na prevalência dos laços de afeto para que se configure uma filiação socioafetiva e possibilite a flexibilização do estabelecido no artigo 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente em razão do princípio do melhor interesse e da dignidade da pessoa humana.

É de entendimento inquestionável que afastar a letra fria da lei requer um imenso cuidado e uma fundamentação profunda. Para tanto, o olhar em prol do melhor interesse da criança e do adolescente, em casos de comprovada impossibilidade da genitora cuidar da sua prole, sem ocasionar abalos e confusões mentais no adotado, é essencial para que entenda que a proibição da adoção por ascendentes deve acontecer de forma automática.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que flexibilizar e possibilitar a adoção dos netos pelos avós não significa ir de encontro a legislação do Estatuto de Criança e do Adolescente, já que proíbe taxativamente a adoção por ascendentes, mas permite o olhar humano e digno para proteger a criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 5 de jan. de 2016.

_____, Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil, 2002-2013*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil, 2002-2013*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil, 2002-2013*. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-ive-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em 10 ago. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em REsp nº 1371843-SP*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0>. Acesso em: 11 de ago. de 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 1.448.969 00864461- SC*. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39117966&num_registro=201400864461&data=20141103&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça, *REsp nº 151635649*, Relator: Ministra Nancy Andruigi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=AC&sequencial=79886713&num_registro=201602733123&data=20180302&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 27 fev. 2018.

COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DE SOUZA, Carlos. Conselho Nacional da Justiça cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjEwNDM=>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual e Direito das Famílias*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *A adoção pelos avós*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras Nogueira. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada*. Uma Solução possível. Revista Literária do Direito, ano 2, n. 9. p.19, jan./fev. 1996.

Revista IBDFAM. *Famílias e Sucessões*: Uma publicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Nº 11, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

_____, *Famílias e Sucessões*: Uma publicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Nº 13, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.