

ADOÇÃO AVOENGA: A PRIMAZIA DO AFETO SOBRE A FORMALIDADE

Marcelo Winter Gomes*

RESUMO: A garantia constitucional da prioridade absoluta na concretização do direito da criança e do adolescente à convivência familiar colide com a regra restritiva prevista no art. 42, §1º, da Lei nº 8.069/1990, que proíbe os avós de adotarem os netos. O presente estudo busca demonstrar que o significado desta norma restritiva deve ser extraído através de uma interpretação sistemática e coerente com todo o ordenamento jurídico, bem como confrontar as razões que levaram o legislador a criar o referido impedimento com os nefastos efeitos que sua aplicação intransigente pode causar na vida de um infante. O vínculo decorrente da socioafetividade, os direitos da personalidade, o sentimento de pertencimento ao núcleo familiar e a própria dignidade humana da criança ou adolescente deverão sempre prevalecer sobre frívolas formalidades e questões puramente patrimoniais, devendo o Ministério Público assumir sua função essencial à justiça e perseguir a concretização dos interesses da comunidade infanto-juvenil, na medida da absoluta prioridade a estes atribuída pela Constituição da República.

Palavras-chave: Infância. Adoção. Avós. Legitimidade. Socioafetividade.

ABSTRACT: *The constitutional guarantee of absolute priority in ensuring the right of children and adolescents to family coexistence collides with the restrictive rule enshrined in the Brazilian federal law nº 8.906/1990, which prohibits grandparents from adopting their grandchildren. The present study seeks to demonstrate that the meaning of this restrictive norm must be extracted through a systematic and coherent interpretation with the entire legal order, as well as to confront the reasons that led the legislator to create this impediment with the nefarious effects that its intransigent application can cause to an infant. The bond resulting from social affectivity, the rights of the personality, the feeling of belonging to the family nucleus, and the very human dignity of the child or adolescent should always prevail over frivolous formalities and purely patrimonial issues, reason why the Brazilian Government Agency for Law Enforcement must assume its essential role in pursuing the best interest of the child and youth community, in accordance with the absolute priority assigned to them by the Constitution of the Republic.*

Keywords: *Childhood. Adoption. Grandparents. Legitimacy. Social affectivity.*

*Promotor de Justiça Substituto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito da criança e do adolescente à convivência familiar. 3 Parentalidade socioafetiva. 4 Adoção avoenga e o impedimento contido no art. 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4.1 Considerações gerais. 4.2 Legitimidade dos ascendentes para fins de adoção. 4.3 Imprescindibilidade da atuação da equipe técnica interprofissional. 4.4 Possibilidade de mitigação do impedimento legal diante da interpretação sistemática com as demais normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal. 5 O papel do Ministério Público. 6 Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se impositiva a releitura do Direito de Família à luz dos fundamentos da dignidade humana e solidariedade, dos quais são extraídos os princípios da proteção integral, da afetividade e da igualdade. É justamente com esse espírito que a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) passou a disciplinar o instituto da adoção de crianças e de adolescentes em nosso ordenamento jurídico.

Apesar disso, o Estatuto contém em seu bojo uma regra restritiva apriorística que impede os avós de adotarem os netos (art. 42, §1º), cuja aplicação incondicionada, dissociada das peculiaridades do caso concreto, não raro, acaba impondo uma solução que nem sempre atende ao melhor interesse da criança ou adolescente.

Busca-se no presente estudo analisar este tão controvertido tema, abordando as razões que levaram o legislador a criar o referido impedimento, a maneira como os operadores do direito interpretam a restrição, as vantagens e desvantagens da incidência desta regra nos casos concretos analisados, a possibilidade ou não de mitigação desta norma em favor do melhor interesse do infante, bem como o modo de atuação do Ministério Público como órgão interveniente nas demandas desta natureza.

Para tanto, serão empregadas as metodologias de pesquisa aplicada e descritiva, através da consulta de obras doutrinárias sobre o direito da infância e juventude e temas correlatos e, primordialmente, da análise jurisprudencial qualitativa sobre a matéria, com o intuito de provocar uma reflexão sobre a questão.

Inicialmente, serão tecidas considerações acerca do direito do infante à convivência familiar, à luz dos princípios norteadores do direito da infância e juventude, notadamente os da proteção integral, da prioridade absoluta, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Ao término desta fase introdutória, serão analisadas as diversas espécies de parentesco, atribuindo-se especial enfoque ao vínculo de parentesco socioafetivo, decorrente da chamada

posse de estado de filho.

Na sequência, será abordada a questão da legitimidade dos ascendentes para fins de adoção. Esta etapa tem por objetivo investigar a intenção do legislador ao instituir a vedação legal contida no art. 42, §1º, do ECA, bem como trazer à baila os principais argumentos defendidos pela doutrina, contra e a favor da referida regra, e a análise jurisprudencial sobre o tema, esmiuçando os precedentes emblemáticos do Superior Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, trataremos da imprescindibilidade da atuação da equipe interprofissional para a formação da convicção do magistrado e do membro do Ministério Público nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

A etapa seguinte suscitará, como proposta para resolução do problema, a interpretação sistemática da regra que impede os avós de adotarem os netos com as demais normas do próprio Estatuto e da Constituição Federal, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e a opinião da equipe técnica interprofissional, tendo como norte que a solução mais justa será aquela que melhor atender aos anseios da criança ou adolescente.

Através de um olhar introspectivo, refletiremos sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente nas demandas desta natureza, a qual não deve ser limitada a uma simplória e formal fiscalização da lei, devendo o órgão ministerial perseguir a efetivação dos interesses das crianças e adolescentes na medida da absoluta prioridade constitucional a estes atribuída.

Apesar de abordar temas inerentes ao Direito de Família, como seu atual conceito, as diversas espécies, as formas de filiação e os efeitos jurídicos oriundos das relações socioafetivas, o presente artigo não possui a pretensão de esgotar tais temas, mas tão somente de mencionar seus aspectos relevantes para contextualizar o objeto principal, que é a análise da possibilidade de relativização do impedimento legal supramencionado.

2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Constituição da República de 1988 formalmente abandonou a obsoleta doutrina da situação irregular, na qual crianças e adolescentes eram tidos como mero objetos de proteção, passando a adotar a chamada doutrina da proteção integral, que concebe os infantes como verdadeiros sujeitos de direitos¹.

¹ O contraste entre as doutrinas da situação irregular e da proteção integral foi abordado com primor em obra coordenada por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel: “Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas predefinia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na

Veja-se, nesse sentido, que a Constituição Federal definiu em seu artigo 227 uma série de direitos fundamentais às crianças e adolescentes, tais como direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e – para os fins do presente estudo – à convivência familiar e comunitária, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurá-los com *absoluta* prioridade.

Cumprido notar que o Constituinte não conferiu a nenhum outro grupo ou pessoa tão preciosa proteção, garantida com *absoluta* prioridade. Daí podendo se concluir que, além de consagrar a doutrina da proteção integral, o referido dispositivo também é responsável por alçar a nível constitucional o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança.

E mesmo se assim não fosse, isto é, se o Constituinte tivesse sido omissivo nesse sentido, ainda seria possível concluir pelo direito fundamental à convivência familiar das crianças e adolescentes, uma vez que tal direito decorre lógica e naturalmente da dignidade humana, elencada como um dos pilares da República no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Em âmbito infraconstitucional, o direito à convivência familiar é reforçado pelos artigos 4º², 19³ e 100, parágrafo único, X⁴, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e pelo art. 8.1⁵ da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90.

Assim, sob qualquer ótica que se analise a questão, ressaí indubitosa a preocupação do legislador em garantir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. E nem poderia ser diferente, tendo em vista que os infantes possuem uma necessidade vital e

consequência e não na causa do problema, “apagando-se incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do Poder Público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram, em princípio, passíveis de tutela jurídica. A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão preestabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 55-56).

² 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.

³ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituída, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

⁴ 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 os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituída.

⁵ Artigo 8.1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

intrínseca de permanência junto ao seio familiar, sem o qual tornar-se-ia inviável o saudável desenvolvimento desses seres em formação.

É cediço que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como regra geral a prevalência da criança ou adolescente junto à *família natural*, conceituada como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25 da Lei nº 8.069/90).

O conceito de família natural, contudo, foi estendido a partir da vigência da Lei nº 12.010/2009, que incluiu o parágrafo único ao art. 25 do ECA, disciplinando o conceito de *família extensa ou ampliada* como sendo “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Em seguida, o Estatuto prevê as modalidades de inserção da criança ou adolescente em *família substituta*, quais sejam, guarda, tutela e adoção (art. 28 da Lei nº 8.069/90). Não obstante, o referido diploma legal não esgotou as modalidades de entidades familiares admitidas pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que esse rol é meramente exemplificativo e não taxativo⁶, sendo oportuno destacar que outras espécies de família já foram reconhecidas como válidas e, portanto, merecedoras de proteção estatal⁷. A título de ilustração, podem ser mencionadas as famílias anaparental⁸, homoafetiva⁹ e mosaico,

⁶ Assim leciona Sérgio Resende de Barros: “Inconstitucionalidades tais e tantas, do Código de 2002 ante a Constituição de 1988, já têm sido apontadas por muitos familiaristas, como Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso, Luiz Edson Fachin, Giselda Hironaka, Francisco Cahali, Euclides de Oliveira, Paulo Lins e Silva, Paulo Luiz Netto Lôbo, José Russo e outros. Na apuração final das opiniões, uma conclusão é geral: a verdade lógica, coincidindo com a realidade histórica de que emergiu a Constituição de 88, demonstra que o seu art. 226 não fixa um “*numerus clausus*” para fechar a evolução do direito de família. Assim, a *mens legislatoris* como a *mens legis*, conseqüentes no mesmo propósito, definiram formas de família a par do casamento, sem excluir as que não definiram. O “*numerus*” é “*apertus*”. Pelo que, sem burlar a Constituição, outras entidades familiares – mesmo quando e onde esquecidas pela lei – podem ser acolhidas pela jurisprudência e pela doutrina. Está claro na redação constitucional que a enumeração não foi taxativa e excludente” (BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principais-e-operacionais.cont>. Acesso em: 12 de junho de 2017).

⁷ Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 995.

⁸ O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a entidade familiar formada por irmãos, sem a presença de um ascendente merece ser equiparada aos demais grupos familiares previstos expressamente em lei, inclusive para fins de adoção, merecendo destaque o seguinte trecho do julgado: “O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o

pluriparental, ou recomposta¹⁰.

E não é só. Ciente de que o direito deve acompanhar as transformações sociais, o próprio legislador atribuiu conotação mais flexível ao conceito de família com o advento da Lei nº 11.340/2006 que, em seu artigo 5º, II, compreende a entidade familiar como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Não mais prevalece, portanto, o tradicional conceito de que uma entidade familiar é caracterizada tão somente pelo núcleo formado pelos pais, com os seus descendentes, ou por qualquer deles com a sua prole.

Ora, a diversidade de relacionamentos humanos implicou na formação e evolução de diferentes arranjos familiares, tornando impositiva a releitura do conceito de família à luz da Constituição Federal de 1988, notadamente do princípio da dignidade humana.

Dessa forma, a noção atual de família deve ser compreendida como o grupo de indivíduos que vivem em um ambiente de solidariedade e cuidado mútuos, e, principalmente, de afeto.

O *afeto* merece especial destaque, na medida em que foi alçado a elemento fundamental e imprescindível das relações familiares¹¹, sendo um consectário lógico do princípio da dignidade humana. E é justamente por configurar o eixo central do Direito de Família, da Infância e da Juventude que a relação baseada no afeto não se restringe ao plano imaterial e privado de determinada entidade familiar, produzindo efeitos que repercutem no plano jurídico.

adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA” (REsp 1217415/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012).

⁹ O reconhecimento da família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, encontra-se consolidado na jurisprudência, consoante os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: ADI 4277, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 e ADPF 132, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

¹⁰ Conforme afirma Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel: “Com a ampliação dos divórcios, a, as dissoluções das uniões estáveis e das relações afetivas de qualquer natureza e a reconstrução, quase sempre ocorrente, de novos relacionamentos amorosos dos pais descasados, são comuns, no dia a dia das varas de família e de infância e juventude, os diversos tipos de arranjos familiares, nos quais o papel do padrasto, da madrasta e dos enteados deve ser efetivamente considerado por exercer função suplementar e, por vezes, substitutiva de um dos genitores, formando famílias plurais ou mosaicas” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 124.

¹¹ “Essa afetividade traduz-se, em concreto, no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Isto é, a família é o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos” (FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Famílias*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

Maria Berenice Dias vislumbra o afeto como verdadeiro direito fundamental, chegando a afirmar que: “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.¹²

Outrossim, Rosana Barbosa Cipriano Simão sustenta que “a socioafetividade enseja efeitos jurídicos: seja para configurar relações seja para configurar responsabilidades”¹³.

No mesmo sentido é a lição de Flávio Tartuce ao afirmar que “[...] a afetividade é princípio jurídico, gerando consequências concretas para o Direito Privado, ao contrário do que muitos podem pensar”¹⁴.

Tanto é assim, que parte da doutrina¹⁵ e jurisprudência¹⁶ defende ser plenamente cabível a responsabilização civil do genitor ou genitora nas hipóteses do denominado abandono moral ou afetivo¹⁷.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 74.

¹³ SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Temas contemporâneos de família, infância e juventude*. Curitiba: CRV. 2016. p. 115.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 994.

¹⁵ Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orlean, “[...] a conduta de um pai ausente pode se adequar entre as hipóteses de cabimento da responsabilidade civil, desde que presentes seus requisitos. Há, sem dúvida, não apenas uma obrigação do ponto de vista moral, mas também uma responsabilidade de natureza jurídica. Esta será oriunda do descumprimento das normas já comentadas, com a consequente caracterização do ilícito. Não haveria razão para que o direito de família fosse blindado pela impossibilidade de responsabilização de pai que não cumpre os deveres inerentes à sua autoridade parental, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se mostra razoável o argumento de que a família detém uma imunidade no tocante à responsabilidade civil, pois haveria evidente incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente. Como já referido, a família hoje é tutelada na medida em que promove a dignidade de seus membros, e não como instituição autônoma, protegida em si mesma. O Judiciário pode – e, nos casos envolvendo menores, deve – intervir nessas questões” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEAN, Helen Cristina Leite de Lima. *Responsabilidade civil nas relações familiares*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 408-409.

¹⁶ Veja-se, nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

¹⁷ Não se ignora que o tema é controvertido na doutrina e jurisprudência. Todavia, tendo em vista que tal

Por outro lado, quando analisada sob o aspecto da constituição de relações jurídicas, a *parentalidade socioafetiva*, baseada na posse de estado de filho, já é admitida como modalidade de constituição de parentesco civil.

3 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

O parentesco é o vínculo jurídico formado entre pessoas com origem familiar comum, isto é, com a mesma origem biológica (parentesco consanguíneo ou natural, conforme artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil)¹⁸; entre um cônjuge (ou companheiro) e os parentes do outro (parentesco por afinidade, conforme artigo 1.595, e seu §1º, do Código Civil)¹⁹; e entre as pessoas unidas por um vínculo civil (parentesco civil, nos termos do artigo 1.593 do Código Civil)²⁰, sendo esta a modalidade de parentesco relevante para os fins do presente trabalho.

Depreende-se da redação do artigo 1.593 do Código Civil que o legislador optou por conferir um critério excludente para a definição do parentesco civil, na medida em que estipulou que este decorre de *outra origem*, diversa da consanguinidade e da afinidade.

O exemplo clássico de vínculo de parentesco civil é aquele oriundo da adoção, constituído através de sentença judicial, atribuindo a condição de filho ao adotado, com igualdade de direitos com eventuais filhos biológicos havidos pelo adotante, conforme artigos 47, *caput*²¹, e 41²², *caput*, da Lei nº 8.069/90.

Há, entretanto, outras hipóteses de parentesco civil. A primeira delas é o vínculo de filiação oriundo da técnica de reprodução assistida heteróloga, realizada com material genético de um terceiro, estranho aos envolvidos (vide artigo 1.597, V, do Código Civil)²³. Já

controvérsia não é objeto do presente trabalho, apenas para fins de registro, menciona-se precedente em sentido contrário firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299).

¹⁸ Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

¹⁹ Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

²⁰ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

²¹ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

²² Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

²³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V - havidos por inseminação

a segunda hipótese é justamente a parentalidade socioafetiva, aquela decorrente da chamada posse do estado de filho e do vínculo social de afeto²⁴.

Partindo da premissa de que o *afeto* é a base das relações familiares e de que os vínculos de socioafetividade geram efeitos jurídicos concretos, conforme exposto alhures, não há como divergir da plena possibilidade de constituição da filiação socioafetiva entre aqueles que se comportam como pais e filhos entre si, ainda que sem qualquer laço consanguíneo.

O referido entendimento, encampado pela doutrina²⁵ e jurisprudência²⁶, concretiza os princípios da solidariedade e da dignidade humana na medida em que respalda a realidade fática de determinado núcleo familiar; prestigia o comportamento daquele que confere afeto e

artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²⁴ Sobre o tema, foram aprovados três enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal – CJF: O enunciado nº 103, da I Jornada de Direito Civil, dispõe que “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 do estado de filho”; já o enunciado nº 256, da III Jornada de Direito Civil, prevê que “A posse do estado de filho (parentalidadesocioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”; por fim, o enunciado nº 519, da V Jornada de Direito Civil, assim conclui “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”.

²⁵ “A socioafetividade agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do Direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o Direito de Família brasileiro mudou substancialmente. [...] Outra categoria importante é a do estado de filiação, compreendido como o que se estabelece entre o filho e o que assume os deveres de paternidade. O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele. Assim, onde houver paternidade juridicamente considerada haverá estado de filiação. O estado de filiação é presumido em relação ao pai jurídico (registrado)” (LÔBO, Paulo. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. In: DIAS, Maria Berenice e PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso brasileira*. Porto alegre: Magister, 2008. p. 153-154).

²⁶ Por todos, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. REGISTRO. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. ERRO OU FALSIDADE. INEXISTÊNCIA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. 2. Impossibilidade de retificação do registro de nascimento do menor por ausência dos requisitos para tanto, quais sejam: a configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil). 3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias. 5. A “adoção à brasileira”, ainda que fundamentada na “piedade”, e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora (Precedente). 6. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança, que não pode ter a manifesta filiação modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. 7. Recurso especial não provido” (REsp 1613641/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 29/05/2017).

cuidado a quem tem publicamente como filho; e preserva o melhor interesse do infante de ver juridicamente reconhecido como pai ou mãe aquele que, de fato, já exerce esse papel em sua vida.

O vínculo de parentalidade socioafetiva é tão relevante que prevalece mesmo diante da vontade de um pai registral em ver desconstituído o registro de paternidade no assento de nascimento do filho, sob a alegação de ter sido induzido a erro quando da lavratura do registro (conforme teor do artigo 1.604 do Código Civil)²⁷ desde, é claro, que a manutenção deste estado registral atenda ao melhor interesse do filho. Esse é o entendimento predominante na doutrina²⁸ e jurisprudência²⁹.

Outra prova de que a socioafetividade gera efeitos jurídicos concretos é o fato de que a constatação da existência deste vínculo pode ensejar a obrigação do pai socioafetivo a prestar alimentos em favor do filho. Foi exatamente esse o entendimento doutrinário manifestado através da aprovação do enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Para os fins do art. 1.696³⁰, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Percebe-se, portanto, que, apesar da existência de lacunas legislativas relacionadas a questões contemporâneas do direito de família, doutrina e jurisprudência vêm amparando a evolução social, notadamente ao reconhecerem a validade dos novos arranjos familiares, tendo sempre como norte os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta dos direitos da criança e adolescente.

Em que pese a lentidão da adequação legislativa ao novo contexto social das famílias,

²⁷ Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

²⁸ Veja-se, nesse sentido, o enunciado nº 339, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

²⁹ Por todos, merece destaque o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. [...] O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267)

³⁰ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

sua tendência é seguir o mesmo caminho trilhado pela jurisprudência, com a instituição de normas que resguardem e preservem as relações familiares permeadas por afeto, cuidado e respeito recíprocos³¹.

Por outro lado, existem previsões normativas que ignoram, por completo, as peculiaridades do caso concreto e, não raro, acabam indo de encontro ao que preconiza a doutrina da proteção integral, impondo soluções que nem sempre atendem ao melhor interesse da criança ou adolescente.

Exemplo disso é a vedação apriorística contida no §1º, do art. 42, da Lei nº 8.069/90, impedindo a adoção por ascendentes do adotando, restringindo sobremaneira a aplicação desta modalidade de inserção em família substituta.

4 ADOÇÃO AVOENGA E O IMPEDIMENTO CONTIDO NO ART. 42, §1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Outrora concebido como uma forma de dar filhos a quem não podia gerá-los, atualmente o instituto da adoção destina-se a dar uma família a quem não a possui, constituindo um vínculo de filiação, denominado de parentesco civil, pois, regra geral, desvinculado de laços de consanguinidade entre o adotante e o adotando.

Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais previstos no Estatuto, a relação de parentesco civil será constituída por força de decisão judicial, criando-se uma nova situação jurídica, uma nova relação de filiação, a qual deverá ser inscrita perante o registro civil nos termos do art. 47 daquele diploma legal.

Trata-se da modalidade mais completa de inserção de criança ou adolescente em família substituta, eis que transforma o adotando em verdadeiro membro da família, atribuindo-lhe a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, rompendo-se os vínculos anteriormente havidos com os pais e parentes³².

De outro giro, as demais modalidades de colocação em família substituta – guarda e

³¹ Nesse sentido, convém registrar que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 2.285/2007 (também conhecido como Estatuto das Famílias do IBDFAM), pretendendo incluir expressamente no ordenamento jurídico a previsão do parentesco decorrente da socioafetividade, conforme se observa do texto do artigo 10 do projeto: “O parentesco resulta da consangüinidade, da socioafetividade ou da afinidade”.

³² Preserva-se, entretanto, o vínculo familiar anterior para fins de caracterização dos impedimentos matrimoniais, conforme o teor do artigo 41 da Lei nº 8.069/90: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

tutela – não conferem aos guardiões e tutores a plenitude, mas tão somente alguns dos atributos inerentes ao poder familiar, razão pela qual a proteção delas advinda é inferior à proteção oriunda da adoção, que é plena e integral.

Dentre os requisitos legais exigidos para a adoção, merece destaque, para o objetivo do presente trabalho, a legitimidade dos adotantes.

4.2 LEGITIMIDADE DOS ASCENDENTES PARA FINS DE ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente estipula duas formas de impedimento para a adoção: parcial e total.

O primeiro é aquele impedimento que pode ser sanado ou suprimido, tal como ocorre com os tutores ou curadores que pretendam adotar, respectivamente, seu pupilo ou curatelado, eis que, por força da regra contida no art. 44 do ECA³³ deverão prestar contas de sua administração e saldar o seu alcance para, somente então, tornarem-se legítimos a pleitear a adoção.

Por outro lado, o impedimento total é aquele para o qual o legislador não previu possibilidade de superação, estando disciplinado no §1º, do art. 42, do ECA, que veda expressamente a adoção por quem for ascendente ou irmão do adotando.

É cediço que objetivo do legislador ao instituir o impedimento total foi preservar as relações de parentesco em linha reta ascendente, evitando-se indesejadas inversões e confusões nessas relações, especialmente no que tange às questões patrimoniais, sucessórias e referentes aos impedimentos matrimoniais³⁴.

Válter Kenji Ishida³⁵ lembra que, antes da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, os Tribunais admitiam a adoção dos netos pelos avós, sob o argumento de que a adoção deveria ser sempre facilitada³⁶. Todavia, sustenta que, a partir da instituição do impedimento legal contido no art. 42, §1º, do ECA, este entendimento não deve mais

³³ Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

³⁴ Os impedimentos matrimoniais estão elencados no artigo 1.521 do Código Civil: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

³⁵ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 91.

³⁶ Por todos, destaca-se o seguinte julgado do e. Supremo Tribunal Federal: “Adoção simples, de neto, feita pelos avós, por escritura pública, não é nula. RE não conhecido” (RE 89457, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, julgado em 17/11/1981, DJ 18-12-1981 PP-12941 ement vol-01239-03 PP-00885).

prevalecer. O autor ressalva, entretanto, entendimento no sentido de que seria possível a adoção pelos avós por afinidade, diante da impossibilidade de ampliação, por analogia, de uma norma restritiva de direitos a outras hipóteses nela não previstas³⁷.

A referida vedação encontra respaldo em grande parcela da doutrina, que, de modo geral, defende que, sendo a adoção uma das modalidades de colocação da criança em família substituta, naturalmente, o acolhimento de um neto pelos avós não poderia ser realizado através desse instituto, tendo em vista o caráter de excepcionalidade que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico. Em casos tais, a situação deveria ser regularizada através dos institutos da guarda ou tutela, suficientes para resguardar os interesses de um infante à falta ou impedimento dos pais, mantendo-se o equilíbrio das relações de parentesco, patrimoniais e sucessórias.

Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci³⁸, Galdino Augusto Coelho Bordallo³⁹, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald⁴⁰, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁴¹.

O posicionamento em sentido contrário é registrado por Waldemar Zveiter⁴², Adriana Kruchin Hirschfeld⁴³ e Jorge Franklin Alves Felipe⁴⁴, que sustentam, em síntese, que o

³⁷ Em sentido contrário, Tânia da Silva Pereira sustenta que o impedimento deve ser estendido aos avós por afinidade: “No caso do impedimento da adoção por avós e irmãos, busca-se evitar o tumulto das relações familiares, decorrente da alteração dos graus de parentesco, aplicando-se, inclusive, aos avós por afinidade, ou seja, aos cônjuges e companheiros dos avós biológicos” (PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 379).

³⁸ Assim sustenta o autor: “Os ascendentes e os irmãos consanguíneos da criança ou adolescente sujeito à adoção não podem fazê-lo. Entende-se que seria uma ruptura indevida da linha reta ascendente, na verdade, desnecessária, em face dos fortes laços de sangue e de afeto. Seria o caso de os avós adotarem o próprio neto, em caso de exclusão do poder familiar de seus pais. Não há motivo a tanto. São avós, cujos vínculos são tão intensos quanto os pais; à falta destes, recebem a tutela do neto e podem continuar a ser uma família normalmente”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e do Adolescente*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 163.

³⁹ In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 278.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Famílias*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil*, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 674.

⁴² Segundo o autor: “Nesse estado de coisas, não quer nos parecer tenha mesmo o novel Estatuto da Criança e do Adolescente, muito embora expressamente vedando a adoção de descendentes por ascendente, liquidado com a possibilidade legal que se quer se ver reconhecida juridicamente. Tal desiderato encontra apoio no art. 6º do mesmo Estatuto, na interpretação teleológica que o informa dentro do sistema” (ZVEITER, Waldemar. Adoção por ascendente. Rio de Janeiro: *Revista in Verbis* n. 11, 1998, p. 11).

⁴³ Nas palavras da autora: “Consoante a isso temos que a finalidade proposta pelo ECA, expressamente traduzida no seu art. 6º, exigindo que sua interpretação leve em consideração os fins sociais e, especialmente, a *condição peculiar da criança e do adolescente*, é incompatível com a norma proibitiva do art. 42, parágrafo 1º, da mesma lei. A situação que, em respeito ao superior interesse do menor, for aconselhável pelos avós, irá de encontro ao impedimento legal que nega essa solução” (HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade – adoção*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 18).

⁴⁴ Na forma explicitada pelo autor: “A adoção por ascendentes e irmãos do adotando passa a ser vedada. Antes, a

legislador atribuiu maior importância ao aspecto patrimonial, ao invés de prestigiar a análise da situação sob a ótica do afeto, em contraposição à norma prevista no art. 6º do próprio Estatuto⁴⁵.

Já no cenário jurisprudencial pós-vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevalecia de forma absoluta o entendimento de que a vedação à adoção por ascendentes não comportaria qualquer mitigação e que eventual propositura de demanda com tal pretensão deveria ser prontamente fulminada em razão da impossibilidade jurídica do pedido⁴⁶.

Embora esta também tenha sido a conclusão alcançada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no ano de 1996, no julgamento do Recurso Especial nº 76.712/GO⁴⁷, impende destacar que o acórdão não foi proferido de forma unânime, tendo contado com a dissonância do Ministro Relator, Waldemar Zveiter, que restou vencido na ocasião.

O caso concreto tratava de pedido de adoção de criança com 11 anos de idade, sem pai conhecido e cuja genitora não apresentava plena capacidade de entendimento, sendo certo que os avós maternos pretendiam regularizar situação de fato já existente, na medida em que tinham a criança como filho, e esta os tinha como seus pais.

O Ministro Relator, ressaltando que a pretensão dos avós não era movida por interesses materiais, prestigiou a norma contida no artigo 6º do ECA e interpretou a vedação

jurisprudência vinha permitindo a adoção pelos avós. Para uma lei que veio a facilitar a adoção e ampliar o rol de pessoas aptas a adotar, a restrição nos pareceu injusta. Muitas vezes, por omissão dos pais, os avós efetivamente assumem a criação e educação dos netos, como se pais fossem” (FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 80).

⁴⁵ Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁴⁶ Por todos, veja-se o seguinte julgado do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ADOÇÃO. AVÓS PATERNOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. VEDAÇÃO LEGAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. Alegação de que o menor se encontra sob seus cuidados desde tenra idade, tendo fortes laços afetivos com os autores, que suprem todas suas necessidades materiais e emocionais. Genitor falecido e genitora que não tem condições de prover o sustento e criação do menor. Pretensão autoral, entretanto, que esbarra na vedação legal contida expressamente no § 1º do art. 42 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Possibilidade de verdadeira distorção da própria árvore genealógica familiar, pois já possuem os ascendentes relação de parentesco com o pretense adotando, o que esvazia o próprio teor da adoção, que é a colocação da criança em família substituta. Ainda que os recorrentes possuam a guarda de fato, tal circunstância, por si só, não dá ensejo a pretendida adoção e tampouco a destituição do poder de família, que depende de ação própria e comprovação inequívoca. Entendimento jurisprudencial do STJ e deste Tribunal de Justiça. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REPARO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC” (0005441-30.2012.8.19.0068 – Apelação - Des(a). Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytsch - Julgamento: 02/09/2014 - Vigésima Primeira Câmara Cível).

⁴⁷ “Adoção. Ascendente. Proibição. Inarredável a norma cogente do art. 42, par. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe a adoção por ascendente. Recurso conhecido e provido” (REsp 76.712/GO, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 17/03/1997, p. 7498).

legal contida no artigo 42, §1º, do mesmo diploma legal, de acordo com o fim social a que se destina, qual seja, o melhor interesse do infante, votando pela manutenção da sentença que havia deferido a adoção pretendida.

Infelizmente, contudo, prevaleceu o pragmático entendimento da maioria dos Ministros que integravam a Terceira Turma, no sentido de que a clareza da norma extraída do art. 42, §1º, do ECA não conferia margem a qualquer trabalho interpretativo, rechaçando a pretensão adotiva dos avós maternos.

O referido julgamento, entretanto, registrou uma insólita situação: malgrado o indeferimento da adoção pretendida pelos avós, os Ministros Costa Leite e Nilson Naves praticamente admitiram que deixaram de aplicar a solução mais justa àquele caso concreto, na medida em que afirmaram que dissentiam do Ministro Relator a contragosto, diante dos motivos nobres da adoção⁴⁸.

Apesar do desfecho desfavorável do caso para aquele núcleo familiar, o referido julgado demonstra que naquela época, com seis anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, conseqüentemente, da referida vedação legal, o tema já era controvertido.

Recentemente, a discussão sobre o tema foi reacendida e ganhou novos contornos a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.448.969-SC, datado de 21 de outubro de 2014 e publicado no Informativo nº 551 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹.

⁴⁸ Nesse sentido, a transcrição de trecho do voto dissonante da lavra do Ministro Nilson Naves: “Talvez a proibição seja prejudicial, tratando-se de caso como destes autos, onde o menor, conforme anotou a sentença, tem os requerentes como pais”, e que “sendo o adotando um menor esclarecido, cursando a sétima série do 1º grau, sabe perfeitamente a importância que representa para ele esta adoção”, mas a lei de tão expressa, não me permite, data vênia, solução outra senão a de dar razão ao recorrente. Olhem que não sou positivista, pois procuro sempre me agarrar mais ao espírito do que à letra da lei. Longe de mim a literalidade, até porque a lei e, como tal, é mais do legislador, mas e principalmente do seu intérprete e aplicador, como somos nós, os juízes. Acho que estou dissentindo a contragosto, tal como o Sr. Ministro Costa Leite, a quem acompanho, pedindo, respeitosamente, licença ao Sr. Relator”.

⁴⁹ DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HIPÓTESE DE ADOÇÃO DE DESCENDENTE POR ASCENDENTES. Admitiu-se, excepcionalmente, a adoção de neto por avós, tendo em vista as seguintes particularidades do caso analisado: os avós haviam adotado a mãe biológica de seu neto aos oito anos de idade, a qual já estava grávida do adotado em razão de abuso sexual; os avós já exerciam, com exclusividade, as funções de pai e mãe do neto desde o seu nascimento; havia filiação socioafetiva entre neto e avós; o adotado, mesmo sabendo de sua origem biológica, reconhece os adotantes como pais e trata a sua mãe biológica como irmã mais velha; tanto adotado quanto sua mãe biológica concordaram expressamente com a adoção; não há perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; e não havia predominância de interesse econômico na pretensão de adoção. De fato, a adoção de descendentes por ascendentes passou a ser censurada sob o fundamento de que, nessa modalidade, havia a predominância do interesse econômico, pois as referidas adoções visavam, principalmente, à possibilidade de se deixar uma pensão em caso de falecimento, até como ato de gratidão, quando se adotava quem havia prestado ajuda durante períodos difíceis. Ademais, fundamentou-se a inconveniência dessa modalidade de adoção no argumento de que haveria quebra da harmonia familiar e confusão entre os graus de parentesco, inobservando-se a ordem natural existente entre parentes. Atento a essas críticas, o legislador editou o § 1º do art. 42 do ECA, segundo o qual “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”, visando evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscando proteger o adotando em relação a eventual confusão mental e patrimonial decorrente da transformação dos avós em pais e, ainda, com a justificativa de proteger,

O caso concreto apreciado pela Terceira Turma daquele Tribunal, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, versava sobre a pretensão dos pais de uma criança, por eles adotada quando possuía 8 anos de idade e já se encontrava gestante, em adotar o neto concebido pela referida infante.

Tal como ocorrido no caso julgado em 1996 (Recurso Especial nº 76.712/GO), restou evidenciado nos autos que os avós sempre exerceram a função de pais do neto, que fora criado como verdadeiro irmão (e não filho) de sua genitora, caracterizando, assim, o vínculo de filiação socioafetiva, de modo que a adoção visava apenas regularizar uma situação fática preexistente desde o nascimento do adotando, que já contava com 16 anos de idade à época do julgamento.

Desta vez, no entanto, a Terceira Turma do STJ, de forma unânime, optou por prestigiar o contexto fático do caso concreto, relativizando a proibição legal contida no art. 42, §1º, do ECA para deferir a adoção do neto aos avós.

Não obstante, ainda nos deparamos com julgados extinguindo as demandas veiculadas com tal pretensão, sem resolução do mérito, em virtude da impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil. Para fins de ilustração, registram-se julgados oriundos dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal⁵⁰ e dos Estados do Rio Grande

essencialmente, o interesse da criança e do adolescente, de modo que não fossem verificados apenas os fatores econômicos, mas principalmente o lado psicológico que tal modalidade geraria no adotado. No caso em análise, todavia, é inquestionável a possibilidade da mitigação do § 1º do art. 42 do ECA, haja vista que esse dispositivo visa atingir situação distinta da aqui analisada. Diante da leitura do art. 1º do ECA (“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”) e do art. 6º desse mesmo diploma legal (“Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”), deve-se conferir prevalência aos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse do menor. Ademais, o § 7º do art. 226 da CF deu ênfase à família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, de modo que o direito das famílias está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana de forma molecular. É também com base em tal princípio que se deve solucionar o caso analisado, tendo em vista se tratar de supraprincípio constitucional. Nesse contexto, não se pode descuidar, no direito familiar, de que as estruturas familiares estão em mutação e, para se lidar com elas, não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. Dessa maneira, não cabe mais ao Judiciário fechar os olhos à realidade e fazer da letra do § 1º do art. 42 do ECA tábula rasa à realidade, de modo a perpetuar interpretação restrita do referido dispositivo, aplicando-o, por consequência, de forma estrábica e, dessa forma, pactuando com a injustiça. No caso analisado, não se trata de mero caso de adoção de neto por avós, mas sim de regularização de filiação socioafetiva. Deixar de permitir a adoção em apreço implicaria inobservância aos interesses básicos do menor e ao princípio da dignidade da pessoa humana (REsp 1.448.969-SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/10/2014).

⁵⁰ Direito civil. Ação de adoção. Adoção de maior por ascendente. Aplicação subsidiária do estatuto da criança e do adolescente. Impossibilidade jurídica do pedido. Configuração. 1. De acordo com o artigo 1.619 do Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é aplicável subsidiariamente aos casos de ação de pessoas maiores de dezoito anos. 2. Nos termos do artigo 42, parágrafo primeiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Não podem adotar os ascendentes e os irmão do adotando”. 3. Havendo expressa vedação legal ao acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora, mostra-se correta a extinção do processo, sem resolução do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido. 4. Recurso conhecido e não provido. (Acórdão n.818742, 20130610167176APC, Relator: Nídia Corrêa Lima, Revisor: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 15/09/2014. Pág.: 157)

do Sul⁵¹, Santa Catarina⁵², Minas Gerais⁵³ e Rio de Janeiro⁵⁴.

Oportuno salientar que este último precedente, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, através do REsp nº 1.236.995-RJ. Em recente decisão monocrática, proferida pelo Ministro Relator, Raul Araújo, o recurso fora desprovido, com a seguinte fundamentação: “Como bem expôs o Tribunal de origem, o vínculo afetivo entre avós e neto, bem como a responsabilidade daqueles pelo sustento e cuidados da criança, já é exercido de forma natural, e não com o propósito de formar uma família substitutiva, não havendo razões para justificar a adoção pelos avós, mesmo em caso de abandono de pais relapsos ou morte dos genitores”⁵⁵.

Diante desse cenário, não seria exagero afirmar que o primeiro obstáculo enfrentado pelos avós que pretendem adotar um neto é ver o mérito da demanda apreciado pelo Poder

⁵¹ Apelação. Adoção por ascendente. Avó. Expressa vedação legal. Impossibilidade jurídica do pedido. Processo extinto sem julgamento do mérito. Considerando a expressa vedação contida no art. 42, § 1º, do ECA, inexistindo previsão que permita a adoção do neto pelos avós, cujo vínculo parental existe desde o nascimento do menor, deve ser mantida a sentença. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70073019986, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2017)

⁵² Apelação cível. Ação de adoção. Decisão que julgou extinto o feito. Pedido de aplicação do código civil em detrimento do estatuto da criança e do adolescente. Lei especial que se sobrepõe a norma geral. Princípio da especialidade. Ação que visa o reconhecimento da possibilidade de adoção entre avós e neta. Impossibilidade jurídica do pedido. Inteligência do art. 42, § 1º, do ECA. Gratuidade prevista em lei. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.026621-0, de Porto União, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 12-05-2011).

⁵³ Apelação cível. Ação de adoção proposta por ascendentes da menor. Vedação legal. Impossibilidade jurídica. Extinção. - É juridicamente impossível o pedido de adoção proposto pelos avós maternos da menor, em vista da vedação constante no art. 42, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0518.11.000282-2/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, julgamento em 04/08/2011, publicação da súmula em 16/08/2011)

⁵⁴ Família. Adoção por avó materna e seu marido. Impossibilidade jurídica do pedido. Proibição expressa da adoção por ascendentes biológicos ou por afinidade. Inteligência dos artigos 42, parágrafo único, do ECA e art. 1595 do CC. A adoção simboliza a desagregação da família consanguínea, quando esta se revela de tal forma nociva aos interesses da criança que, para preservação de seu bem estar, é preciso lhe dar outra, rica em afeto e consentânea ao ideal da família como um lugar de afirmação da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a assunção das tarefas de criação pelos avós, no vazio dos pais, representa a concreção do princípio constitucional da solidariedade familiar, simbolizado pela agregação da família biológica numa união de esforços para superar a omissão dos pais e acolher a criança no próprio seio biológico. Neste sentido, admitir-se a adoção por ascendentes seria contraditório, pois acabaria por ferir os interesses da criança, colocando-a em meio a uma confusão de parentescos. O companheiro, hoje marido da avó, ainda que não seja o pai biológico da mãe da criança, é seu ascendente por afinidade, alcançado, portanto, pela vedação legal. Recurso a que se nega provimento. (0284427-31.2006.8.19.0001 – Apelação - Des(a). Cristina Serra Feijo - Julgamento: 24/09/2008 - Vigésima Câmara Cível)

⁵⁵ Relembrando o precedente daquela Corte favorável à adoção avoenga, o Ministro Relator ressaltou que: “muito excepcionalmente, os tribunais têm afastado a vedação do art. 42, § 1º, do ECA, nos casos de típica filiação socioafetiva, mas sempre atentos a situações fáticas bem particulares, como ocorreu no REsp 1.448.969/SC, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a procedência do pedido de adoção, ressaltando a particularidade do caso concreto, em que os avós já tinham adotado a mãe da criança, grávida aos oito anos de idade por abuso sexual e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando a genitora contava apenas 9 anos de idade”. Todavia, por entender que a hipótese tratada naqueles autos não revelava situação peculiar a justificar a adoção pretendida pela avó materna e respectivo companheiro, o recurso fora desprovido. (REsp nº 1.236.995-RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, publicado em 09/09/2016).

Judiciário.

Nos tempos atuais, em que o controle de produtividade de um magistrado ou de um promotor de justiça é aferido estatisticamente, com base na quantidade de sentenças ou promoções de mérito lançadas, torna-se sedutora a opção pela prolação de uma sentença terminativa, extinguindo-se a demanda prematuramente em razão da impossibilidade jurídica do pedido veiculado pela parte autora, antes mesmo de qualquer análise aprofundada sobre a realidade fática narrada na petição inicial.

Contudo, não se pode esquecer que por trás de cada processo existem seres humanos, cuja dignidade muitas vezes depende da entrega de uma prestação jurisdicional séria, eficaz e, sobretudo, justa.

A questão se torna ainda mais dramática em se tratando de demanda que envolve o interesse de um infante, cuja análise, em hipótese alguma, deve ser realizada de forma açodada, uma vez que os direitos de crianças e adolescentes devem ser assegurados com absoluta prioridade, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

Logo, uma vez proposta a ação de adoção pelos avós em favor do neto, esta pode tomar diversos rumos, como a procedência ou improcedência do pedido, ou a extinção do feito, sem resolução do mérito, por outros motivos, porém nunca pela imediata impossibilidade jurídica do pedido, sem qualquer verificação prévia dos fatos ali noticiados. Do contrário, estar-se-ia negando a proteção especial conferida constitucionalmente aos infantes, relegando-os à própria sorte.

4.3 IMPRESCINDIBILIDADE DA ATUAÇÃO DA EQUIPE TÉCNICA INTERPROFISSIONAL

Seria deveras ingênuo acreditar que toda e qualquer pretensão de adoção veiculada por ascendentes em prol de um descendente será fundada nos motivos legítimos exigidos pelo artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁶.

Muitas vezes, a pretensão adotiva poderá mascarar um interesse puramente material, com o único intuito de conferir ao neto adotando a situação de dependente apenas para obtenção de benefícios previdenciários, ou para reduzir a legítima dos demais herdeiros necessários do adotante em eventual sucessão, sem que haja, de fato, uma relação de filiação socioafetiva entre os avós e o neto.

⁵⁶ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Nesta hipótese, restaria inequivocamente evidenciada a intenção de burla à vedação legal contida no §1º do art. 42 do ECA para se obter uma adoção fundada em fins ilegítimos, isto é, que não traria reais vantagens à criança ou adolescente. Tal pretensão, naturalmente, estaria fadada ao insucesso, conforme tranquilo entendimento doutrinário⁵⁷ e jurisprudencial⁵⁸.

Todavia, não se deve tomar a exceção – a propositura de demanda adotiva desvirtuada de sua nobre função – como a regra, devendo prevalecer a máxima do Direito de que a boa-fé se presume, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

Assim, nas ações de adoção propostas pelos avós em favor do neto, sempre deverá ser perquirido se, naquele caso concreto, a medida se destina a regularizar uma situação fática socioafetiva já consolidada, ou se visa apenas a satisfazer um aspecto patrimonial dos envolvidos.

Ocorre, entretanto, que magistrados, membros do Ministério Público, advogados e defensores públicos, não reúnem condições de, por si sós, realizarem tal investigação em cada demanda submetida à apreciação do Judiciário, uma vez que, regra geral, não possuem a expertise necessária para tanto, já que a formação jurídica não engloba necessariamente aspectos da psicologia, assistência social e pedagogia.

Essa questão foi observada por Rosana Barbosa Cipriano Simão, para quem “os diversos aspectos do Direito de Família sofrem interferências dos sentimentos das pessoas que protagonizam contendas jurídicas. A questão da *afetividade* assume papel central e, por envolverem questões de ordem psicológica, demandam a coparticipação de juristas, psicólogos e assistentes sociais que, de mãos dadas, tem o compromisso com a busca da verdade real”⁵⁹.

⁵⁷ Por todos, veja-se o entendimento de J.M. Leoni Lopes de oliveira que, embora referente à concessão de guarda, aplica-se perfeitamente ao instituto da adoção: “Os benefícios previdenciários são consequências da guarda e não a sua finalidade primeira. Entendemos que seria deturpar a finalidade do instituto previsto no ECA conceder-se a guarda exclusivamente para fins previdenciários.” (OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 43).

⁵⁸ Veja-se, nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Apelação Cível. Ação de Procedimento Comum Ordinário. Pedido de guarda realizado pela avó materna do menor. Criança que reside com a avó e a genitora. Sentença que julga improcedente o pedido. Inconformismo da requerente. Estudos social e psicológico que demonstram a capacidade financeira e emocional da genitora para cuidar da criança. Observância ao princípio do melhor interesse do menor. Guarda para fins, exclusivamente, previdenciários. Impossibilidade. Jurisprudência pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do caput do artigo 557 do Código de Processo Civil. (0001629-52.2008.8.19.0057 – Apelação - Des. Georgia De Carvalho Lima - Julgamento: 24/09/2012 - Décima Nona Câmara Cível).

⁵⁹ SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Temas contemporâneos de família, infância e juventude*. Curitiba: CRV. 2016, p. 203.

Não é por outra razão que a Lei n 8.069/90 prevê, em seus artigos 150⁶⁰ e 151⁶¹, a necessidade de o Poder Judiciário ser aparelhado com equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, através da elaboração de laudos técnicos para subsidiar a formação da convicção do Juízo.

Saliente-se que a referida previsão vai ao encontro da regra nº 16.1⁶² das Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da justiça da Infância e da Juventude), que trata da relevância dos denominados relatórios de inquérito social para facilitar o julgamento do caso pelo magistrado, que são justamente os relatórios técnicos, geralmente psicossociais, elaborados pela equipe multidisciplinar do Juízo, composta por psicólogos e assistentes sociais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente exige a confecção de estudos técnicos pela equipe interprofissional nas ações de destituição de poder familiar (art. 161, §1º)⁶³, nas hipóteses de colocação de criança ou adolescente em família substituta (art. 167)⁶⁴, nos procedimentos de apuração de prática de ato infracional por adolescente (art. 186, §4º)⁶⁵ e nos de habilitação de pretendentes à adoção (art. 197-C)⁶⁶.

A atuação da equipe técnica multidisciplinar, seja a do Juízo da Infância, seja a pertencente aos quadros do Ministério Público, do Conselho Tutelar, da unidade de

⁶⁰ Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

⁶¹ Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

⁶² “Para facilitar o julgamento do caso pela autoridade competente e a menos que se trate de infrações leves, antes da autoridade competente tomar a decisão final, os antecedentes do menor, as condições em que vive e as circunstâncias em que o delito foi cometido são objeto de um inquérito profundo”.

⁶³ Art. 161. Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo. § 1º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar, bem como a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar previstas nos arts. 1.637 e 1.638 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou no art. 24 desta Lei.

⁶⁴ Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

⁶⁵ Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. [...] § 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

⁶⁶ Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

acolhimento institucional onde eventualmente o infante esteja abrigado, ou de qualquer outro órgão integrante da rede de atendimento infante-juvenil, possui enorme importância, não apenas nas hipóteses expressamente mencionadas pelo Estatuto, mas na quase totalidade de procedimentos envolvendo os interesses de crianças e adolescentes.

Através de visitas domiciliares, entrevistas com os personagens diretamente envolvidos e pessoas próximas, dentre outras técnicas, esses profissionais verificarão o contexto fático que circunda cada caso concreto submetido à apreciação do Judiciário, de modo a aferir, por exemplo, a caracterização de relação de filiação socioafetiva e se a pretensão veiculada em determinada demanda atende aos anseios e apresenta real vantagem a um infante⁶⁷.

Trata-se, na verdade, de apoio extremamente importante e salutar, quiçá imprescindível, para amparar a prolação da decisão que melhor atenda aos interesses de crianças e adolescentes nos casos concretos. Por isso, Rosana Barbosa Cipriano Simão conclui que “a união de esforços, técnicas e expertises de juristas e psicólogos é uma decisão de inteligência e é uma caminhada que conduz inexoravelmente ao melhor final (feliz ou não!) que cada caso que demanda uma solução jurídica pode alcançar”⁶⁸.

4.4 POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO IMPEDIMENTO LEGAL DIANTE DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM AS DEMAIS NORMAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Interpretar uma norma jurídica significa afirmar o seu significado, conhecer as suas finalidades e, associadas a estas, sua aplicabilidade em harmonia com as demais normas integrantes do ordenamento jurídico.

Na visão de Reis Friede⁶⁹: “algumas normas, sem a menor dúvida, conhecem-se facilmente; outras, no entanto, são conhecidas com maior dificuldade. O somatório de todas, entretanto, são passíveis, sem qualquer exceção, de interpretação”.

⁶⁷ Nas palavras de Arnaldo Marmitt, “O estudo social dos sujeitos da relação processual, também denominado de inquérito social, é da competência de assistente social ou de sociólogo, ou de ambos, e visa buscar o perfil mais completo possível das partes, no plano social, familiar e psicológico. Através dessa pesquisa busca-se o retrato fiel da idoneidade moral e financeira do adotante, suas virtudes e capacidades que o indicam para o encargo, as possibilidades de adaptação do adotando, e as reais vantagens e benefícios que o ato proporciona. Verifica-se, também, se sua intenção está calcada em interesse nobre e legítimo, bem como todas as peculiaridades e notas expressivas que sejam úteis ao estudo da personalidade de ambos” (MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 40).

⁶⁸ SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Temas contemporâneos de família, infância e juventude*. Curitiba: CRV. 2016, p. 203.

⁶⁹ FRIEDE, Reis. Interpretação da norma jurídica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 15. abr-jun / 1996, p. 9-14. Disponível em: Revista dos Tribunais online. Acesso em: 09 de julho de 2017.

Para tanto, o aplicador da lei, bem como todos os seus destinatários, podem se valer de uma série de métodos interpretativos com o intuito de obter o verdadeiro sentido da norma jurídica, dentre os quais se destacam os métodos gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico⁷⁰.

A interpretação sistemática parte da premissa de que o ordenamento jurídico é um todo unitário, sem incompatibilidades, indicando que o significado da norma deve ser alcançado de forma coerente com o conjunto. O método sistemático, portanto, impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo a análise simultânea de todo o arcabouço normativo pertinente à hipótese, incluindo-se, por óbvio, as normas constitucionais, de modo a alcançar o verdadeiro significado de uma norma⁷¹.

A vedação contida no §1º do art. 42 do ECA, portanto, deve ser interpretada sistematicamente, não apenas com as demais normas que compõem o Estatuto, mas também com os princípios, garantias fundamentais e demais normas previstas na Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º do ECA). Trata-se de norma contida no Título I, que versa sobre as disposições preliminares, isto é, sobre as regras que devem orientar a aplicação de todas as demais normas previstas naquele diploma legal.

Adiante, em seu artigo 6º, o Estatuto determina que: “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

Ora, a exegese conjunta das normas extraídas dos dispositivos supramencionados não pode levar a outra conclusão, senão a de que as regras previstas na Lei nº 8.069/90 devem ser interpretadas sempre objetivando alcançar a maior proteção possível ao infante, diante de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

⁷⁰ O presente artigo, entretanto, não tem por escopo discorrer sobre os diversos métodos interpretativos e hermenêutica jurídica, razão pela qual abordaremos apenas o critério de interpretação sistemática como proposta para a mitigação ao impedimento contido no §1º do art. 42 do ECA.

⁷¹ Nas palavras de Antônio Elias de Queiroga, “a interpretação sistemática é a que permite a exata compreensão do papel da lei e corrige os exageros decorrentes do exame dos demais elementos. O elemento sistemático é constituído das conexões da lei dentro do sistema de que é parte. Nenhuma lei é um todo em si, nenhuma tem existência autônoma, cada uma é sempre parte de um todo e dentro desse todo é apenas uma peça de engrenagem, funcionando em harmonia com o conjunto. O Direito é um sistema harmônico, constituído de peças que se articulam entre si e funcionam sem atritos. Para compreender a função de cada peça dentro da engrenagem, é necessário situá-la no todo e ter uma visão do funcionamento total. A lei não pode, assim, ser entendida isoladamente, como elemento destacado do sistema a que pertence; só é possível entendê-la em função do conjunto” (QUEIROGA, Antônio Elias de. *Aplicação do direito*. In: (Vários) *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* vol. 1. RT. Out/2010, p. 53 – 64).

Assim, se uma determinada norma contida no Estatuto da Criança e do Adolescente é ambígua, ou permite mais de uma interpretação possível, deverá *sempre* prevalecer aquela que melhor atenda aos interesses do infante naquele caso concreto, pois é justamente esse – garantir o melhor interesse da criança e do adolescente – o fim social perseguido pelo referido diploma legal.

Embora não revele ambiguidade, a aplicação intransigente da norma contida no §1º do art. 42 do ECA pode gerar situações injustas, lesando os interesses de crianças e adolescentes, ao invés de salvuardá-los, o que seria manifestamente contraditório com todo o sistema protetivo que reina no próprio Estatuto.

E, mesmo que o Estatuto não tivesse estipulado a forma de interpretação de suas normas, ainda assim seria possível defender a relativização do impedimento legal de adoção pelos ascendentes com base na interpretação sistemática desta regra com a Constituição da República.

Ora, se é verdade que a Constituição Federal conferiu à dignidade da pessoa humana e à solidariedade o status de princípios fundamentais da República (artigos 1º, III, e 3º, I, da CF88), além de ter consagrado a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança (art. 227 da CF88), revela-se inadmissível que uma norma infraconstitucional negue ao infante a solução que melhor atenda seus interesses em determinado caso concreto.

Não se deve perder de vista que as referidas normas constitucionais, por serem definidoras de direitos ou constituírem garantias fundamentais, devem ser compreendidas como normas de eficácia plena, possuindo aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da CF88⁷² e dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁷³, Alexandre de Moraes⁷⁴, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷⁵.

Desta forma, os operadores do direito podem e devem aplicar diretamente as normas

⁷² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143-144.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41-42.

⁷⁵ Nas palavras dos autores: “O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter perceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”. (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174).

constitucionais para solucionar os casos sob sua apreciação.

Critica-se, portanto, a interpretação puramente literal da vedação legal contida no §1º do artigo 42, do ECA, realizada de forma dissociada das regras previstas nos artigos 1º e 6º do próprio Estatuto e das normas constitucionais supramencionadas.

Não há como conceber que o diploma legal criado para entregar uma proteção *integral* à criança e ao adolescente traga em seu bojo uma regra restritiva *apriorística*, criadora de embaraços insuperáveis ao direito constitucional e *prioritário* ao convívio familiar, ignorando as peculiaridades do caso concreto e cerrando os olhos para a solução que realmente atende ao melhor interesse daquele infante em particular.

Talvez até assista razão aos defensores do referido impedimento quando afirmam que a permissão da adoção nesses casos não fará crescer os vínculos de amor, cuidado e afeto já existentes entre avós e netos. Todavia, este é apenas um dos diversos ângulos possíveis de se analisar a questão.

Imagine-se um caso hipotético de uma criança, cujo genitor faleceu logo após o nascimento, sendo entregue pela genitora aos cuidados dos avós paternos ou maternos, ainda em tenra idade, tendo aquela desaparecido em seguida, sem nunca ter convivido com o filho.

Após anos criando o neto como se filho fosse, o infante tem na figura dos avós a única referência paterna e materna, porém mantém em sua certidão de nascimento os nomes dos genitores que nunca conheceu, pessoas a ele totalmente estranhas, o que vem lhe causando inúmeros constrangimentos, por vezes não só perante terceiros, mas sobretudo em sua própria psique na percepção de seu papel familiar.

Os avós, então, decidem ajuizar uma ação de adoção em favor do neto (que, na verdade, é tido como filho), com o intuito de regularizar a situação fática consolidada há anos, sendo certo que os estudos técnicos elaborados pela equipe interprofissional do Juízo da Infância corroboram os fatos apresentados, afirmando taxativamente que a medida atenderia aos anseios do infante, que se compreende como filho dos avós e deseja que essa condição seja refletida em seus documentos pessoais.

Nesse caso, o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva verificada entre os avós e o neto poderia até não implicar no fortalecimento dos vínculos já existentes, mas, sem dúvidas, materializaria os direitos da personalidade daquele infante, aumentaria o seu sentimento de pertencimento àquele núcleo familiar e, em última análise, conferiria plenitude ao princípio da dignidade daquele específico ser humano. Ou seria mais razoável impor ao infante a obrigação de eleger outra pessoa para amar como pai ou mãe (acreditando

ingenuamente que isso seria possível)?⁷⁶

Entendemos, destarte, que nas hipóteses em que ficar devidamente evidenciada a posse de estado de filho dos avós com relação ao neto, isto é, quando restar caracterizada a existência de um vínculo socioafetivo de paternidade e/ou maternidade, a situação fática deverá ser prestigiada em detrimento da distante norma extraída do §1º do art. 42 do ECA.

E nem poderia ser diferente. Considerando que os vínculos de socioafetividade geram efeitos jurídicos concretos, possibilitando a constituição da filiação socioafetiva entre pessoas estranhas, sem qualquer laço de consanguinidade entre si, com maior razão deveria ser suficiente para constituir igual vínculo de filiação entre ascendentes e descendentes, aqui compreendidos os avós e seus netos⁷⁷.

A criança ou adolescente não deve ter seus direitos suplantados de uma formalidade legal totalmente distante da realidade em que vive. E tampouco deve o infante remanescer em instabilidade jurídica e em situação emocionalmente comprometedora, apenas para satisfazer a letra fria da regra contida no art. 42, §1º, do ECA. O interesse evidente do adotando reside na regularização da sua paternidade e maternidade socioafetivas, o que lhe trará maior segurança jurídica e revestirá de roupagem jurídica a sua realidade fática.

E não é só. Tendo em vista que a constituição da filiação socioafetiva independe do

⁷⁶ Essa questão foi abordada no parecer recursal lançado pelo ilustre Procurador de Justiça do MP/RJ, Sávio Renato Bittencourt Soares Silva, nos autos da Apelação Cível nº 0079375-28.2012.8.19.0001, distribuída à 6ª Câmara Cível do TJ/RJ. O caso concreto versava sobre a possibilidade de um adolescente ser adotado pelo tio-avô, com quem já mantinha uma relação de paternidade socioafetiva. Merece destaque o seguinte trecho do parecer: “Não se pode olvidar, afinal, que uma sentença de improcedência, em ação de adoção que visa regularizar laço afetivo preexistente, representa dizer àquela criança que quem ela reconhece como pai não pode ser seu pai. É dizer que ela formou laços com quem não deveria, que seus sentimentos se dirigem à pessoa errada porque assim preconiza a lei. É, enfim, negar o direito de ela amar a uma pessoa como pai, tratando como errado um afeto desenvolvido legitimamente entre duas pessoas. Esta negação do afeto, tratando-o como contrário à lei, frustrando a expectativa da criança de ver-se inserida formalmente numa família em que de fato já convive, pode sim exercer consequências psicológicas graves. Ademais, esperar que, pela simples negativa do Judiciário, esta criança aceite que o requerente não é de fato um pai, depois escolhendo outra pessoa para esta posição apenas porque o ordenamento assim prefere, é ignorar a sua condição de pessoa humana, bem como o fato de que afetividade e afinidade não são algo que se cria e se transfere com facilidade” (SILVA, Sávio Renato Bittencourt Soares. Peça Processual publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: MPRJ, nº 54, out./dez. 2014, p. 321).

Registre-se, por oportuno, que a referida Apelação Cível foi desprovida, através de acórdão assim ementado: “apelação cível. Ação de adoção unilateral. Paternidade socioafetiva configurada. Tio-avô que assume a figura parterna da criança, desde o seu nascimento. Regularização que atende ao melhor interesse da criança e do adolescente. Interpretação sistemática e teleológica do art. 41 do ECA. Manutenção da sentença de procedência. Desprovisionamento do recurso” (0079375-28.2012.8.19.0001 – Apelação - Des(a). Benedicto Ultra Abicair - Julgamento: 25/03/2015 - Sexta Câmara Cível).

⁷⁷ No mesmo sentido é a conclusão alcançada por Waldemar Zveiter: “[...] São notórias as circunstâncias de casos inúmeros de pais biológicos que desconhecem por completo seus filhos deixando-os entregues aos cuidados dos avós que passam a exercer com extremado amor e carinho as funções de verdadeiros pais, afigurando-se profundamente injusto e mesmo injurídico em face da norma do art. 6º negar-lhes o direito de adoção plena dos netos, quando tanto se permite a estranhos” (ZVEITER, Waldemar. Adoção por ascendente. Rio de Janeiro: *Revista in Verbis* n. 11, 1998, p. 11).

preenchimento dos requisitos legais para a adoção previstos na Lei nº 8.069/90, chega a ser teratológico admitir que um completo estranho, que sequer cumpriu as formalidades previstas no Estatuto, seja constituído pai ou mãe de uma criança e, ao mesmo tempo, negar igual direito aos avós, que possuem laços biológicos com o infante, ainda que preencham todas as demais exigências previstas no ECA.

Em casos tais, a balança dos interesses em conflito - de um lado, a preservação dos graus de parentesco e das questões sucessórias e patrimoniais e, de outro, a plenitude dos direitos da personalidade, do sentimento de pertencimento ao núcleo familiar e da própria dignidade humana da criança ou adolescente – deverá sempre pender a favor deste, ou seja, a favor do melhor interesse do infante.

As questões patrimoniais e sucessórias são preocupações inerentes ao mundo dos adultos – estranhas, portanto, aos infantes - e deveriam ser consideradas irrelevantes ou ínfimas, e nunca um obstáculo intransponível a uma adoção fundada em motivos legítimos, ainda que promovida pelos ascendentes do adotando.

A prevalência indiscriminada do impedimento contido no §1º do art. 42 do ECA configura uma enorme inversão de valores, na medida em que acaba por tutelar de maneira mais eficaz o interesse de um adulto, em detrimento do interesse do infante, ignorando ser este (e não aquele) o detentor da prerrogativa constitucional da *prioridade absoluta* no que tange à concretização de seus direitos.

Não se trata de pregar uma liberação descontrolada da adoção entre parentes e tampouco uma desenfreada desobediência legislativa. Muito pelo contrário, a solução pela mitigação da vedação legal deverá ser sempre baseada nas peculiaridades do caso concreto, amparada em elementos técnicos produzidos nos autos e fundamentada nas regras de interpretação e integração das normas jurídicas, bem como nos direitos fundamentais e princípios previstos na Constituição da República.

5 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Apesar de a defesa dos direitos da comunidade infanto-juvenil não ter sido expressamente elencada como função institucional do Ministério Público no rol previsto no artigo 129 da Constituição Federal, esta pode ser facilmente extraída da norma contida no artigo 227, que prevê que tais direitos devem ser assegurados com *absoluta prioridade*, não apenas pela família, mas também por toda a sociedade e pelo Estado.

Para Emerson Garcia, “a prioridade absoluta, como não poderia deixar de ser,

alcançará a atividade finalística do Ministério Público, tendo a instituição o dever de, em primeiro plano, adotar as medidas correlatas ao seu âmbito de atuação funcional que tangenciem a esfera jurídica das crianças e dos adolescentes”⁷⁸.

Já no plano infraconstitucional, a atuação do Ministério Público em prol dos interesses dos infantes é extraída do art. 5º, III, „e“ , da Lei Complementar nº 75/93⁷⁹; do art. 25, IV, „a“ , da Lei n 8.625/93⁸⁰; do art. 201, III e VIII, do ECA⁸¹; e dos artigos 176⁸² e 178, II⁸³, do Código de Processo Civil.

Importante destacar que, com o regime constitucional inaugurado a partir de 1988, o Ministério Público passou a ter uma função proativa voltada para a efetiva solução dos problemas sociais e pela incansável defesa dos direitos individuais indisponíveis, coletivos e difusos, dentre os quais se destacam os direitos das crianças e adolescentes⁸⁴.

Por isso nos causou enorme perplexidade constatar que os dois casos concretos analisados neste trabalho (Recurso Especial nº 76.712/GO e Recurso Especial nº 1.448.969/SC) foram submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça por força de recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual.

Em ambos os casos, restou constatado pela equipe interprofissional do Juízo da

⁷⁸ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 381.

⁷⁹ Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] III - a defesa dos seguintes bens e interesses: [...] e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

⁸⁰ Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

⁸¹ Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; [...] VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

⁸² Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

⁸³ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [...] II - interesse de incapaz;

⁸⁴ Nesse sentido, Olympio de Sá Sotto Maior Neto assevera: “nesse contexto é que se pretende ver reconhecido que a proteção aos interesses individuais, coletivos ou difusos relacionados à infância e juventude deve ser tratada com absoluta prioridade pelo Ministério Público, já que o comando da Constituição Federal nesse sentido (art. 227), bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º, parágrafo único, „c“), tornam obrigatório o estabelecimento de uma política institucional nessa área que contemple a preferência manifestada pelo ordenamento jurídico (NETTO, Olympio de Sá Sotto Maior. O Ministério Público e a proteção aos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nº 29, 1993, p. 108-109).

Infância que a adoção do neto pelos avós atenderia ao melhor interesse daquele, em razão do vínculo de parentalidade socioafetiva já construído entre os personagens envolvidos. O Juízo, então, levando em consideração os fins sociais e a condição peculiar do infante como pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA), julgou procedente o pedido, relativizando, assim, a vedação contida no art. 42, §1º, do Estatuto.

Irresignado, no entanto, o Ministério Público interpôs recurso de apelação buscando a prevalência do referido impedimento legal e, quando teve seu apelo desprovido pelo Tribunal de Justiça, interpôs novo recurso, desta vez ao Superior Tribunal de Justiça, com igual pretensão, obtendo “êxito” em um (Recurso Especial nº 76.712/GO) e “insucesso” no outro (Recurso Especial nº 1.448.969/SC)⁸⁵.

Percebe-se, assim, que apesar da manifestação de vontade das pessoas envolvidas naquelas demandas, da opinião dos profissionais em psicologia e assistência social e da convicção do magistrado, foi justamente o Ministério Público, que possui dentre suas funções institucionais a defesa intransigente do direito das crianças e adolescentes, quem se manteve apegado a uma formalidade legal em detrimento da solução que inequivocamente salvaguardava o melhor interesse daqueles infantes.

Nota-se que, ao invés de buscar uma solução rápida e efetiva em prol do absoluto e prioritário interesse do infante, conforme determina o art. 227 da Constituição Federal, naqueles casos concretos o Ministério Público paradoxalmente optou por postergar a definição jurídica do caso, causando inequívoca angústia àquelas famílias e, o que é pior, logrando desconstituir, no primeiro caso analisado, o vínculo de filiação constituído pela sentença, em total prejuízo aos anseios do adotando.

Não se ignora que, seja atuando como órgão agente ou interveniente, o Ministério Público não se desincumbe da função de fiscalizar a aplicação da lei. Todavia, a atuação ministerial não se resume a isso. Não mais subsiste a burocrática ideia de que o Ministério Público seria um mero fiscalizador da correta aplicação das leis, inclusive daquelas injustas, devendo assumir sua função essencial à justiça e atuar como verdadeiro agente político, interferindo positivamente na realidade social e, através do exame do conteúdo ideológico das normas jurídicas, dar a prevalência para efetivação daquelas que signifiquem a efetivação dos interesses das crianças e adolescentes, na medida da *absoluta prioridade* constitucional a estes

⁸⁵ A utilização das aspas entre as palavras êxito e insucesso se deu para empregar ironia sobre o objetivo perseguido pelo Ministério Público naqueles casos concretos, na medida em que o presente trabalho busca demonstrar que o verdadeiro êxito da atuação ministerial seria prestigiar os vínculos socioafetivos constituídos, atribuindo-lhes efeitos jurídicos, atendendo aos anseios da criança ou adolescente.

atribuída.

A tradicional atuação como fiscal da lei deve ser lida como fiscal do ordenamento jurídico como um todo, incluindo-se aqui os métodos de interpretação e hermenêutica jurídicas. Em outras palavras, o Promotor de Justiça não deve se limitar a realizar uma simplória interpretação literal dos dispositivos legais, distante da realidade fática do caso concreto, sob pena de se mostrar substituível por uma máquina, que, contendo toda a legislação catalogada em sua memória, indicaria aprioristicamente aquela aplicável à determinada hipótese.

Diante da possibilidade de relativização da vedação contida no art. 42, §1º, do ECA, através de sua interpretação sistemática com as demais normas previstas no próprio Estatuto e na Constituição Federal, esperamos que o Ministério Público reflita sobre a razão de sua intervenção nas demandas dessa natureza, incentivando-se, inclusive, a elaboração de teses institucionais a respeito do tema com o intuito de unificar a atuação ministerial em prol do melhor interesse da criança e do adolescente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal definiu, em seu artigo 227, que as crianças e adolescentes ostentam uma série de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que devem ser assegurados pela família, sociedade e Estado, incluindo-se, aqui, o Ministério Público. Mais do que isso, o legislador constituinte fixou que crianças e adolescentes receberão um tratamento de absoluta prioridade, o que significa dizer que quando seus direitos se chocarem com os de adultos, deve-se observar o mandamento constitucional e fazer prevalecer o interesse infanto-juvenil.

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

Todavia, em que pese ser admitido pelo ordenamento jurídico que uma pessoa completamente estranha, sem qualquer vínculo consanguíneo com o infante, seja constituído pai ou mãe, de forma contraditória, impede-se que o mesmo ocorra entre determinados parentes que apresentam vínculo consanguíneo entre si, conforme se observa da regra restritiva contida no art. 42, §1º, do ECA, que proíbe os avós de adotarem os netos.

Malgrado o entendimento no sentido de que a referida vedação configura um

impedimento total e intransponível à adoção, entendemos que a restrição deve ser interpretada levando-se em consideração os fins sociais e a condição peculiar do infante como pessoa em desenvolvimento, nos termos do art. 6º do ECA.

Ora, não há como conceber que o diploma legal criado para entregar uma proteção *integral* à criança e ao adolescente traga em seu bojo uma regra restritiva *apriorística*, criadora de embaraços insuperáveis ao direito constitucional e *prioritário* ao convívio familiar, ignorando as peculiaridades do caso concreto e cerrando os olhos para a solução que realmente atende ao melhor interesse de determinado infante em particular.

O significado da norma restritiva contida no art. 42, §1º, do ECA, deve ser alcançado de forma coerente com todo o ordenamento jurídico, através de uma interpretação sistemática com as demais normas que compõem o próprio Estatuto, bem como com os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Destarte, nas hipóteses em que ficar devidamente evidenciada a posse de estado de filho dos avós com relação ao neto, havendo estudo técnico interprofissional atestando que a medida atende aos anseios daquela criança ou adolescente, a situação fática deverá ser prestigiada em detrimento da norma fria e distante extraída do §1º do art. 42 do ECA.

Em casos tais, a balança dos interesses em conflito - de um lado, a preservação dos graus de parentesco e das questões sucessórias e patrimoniais e, de outro, a plenitude dos direitos da personalidade, do sentimento de pertencimento ao núcleo familiar e da própria dignidade humana da criança ou adolescente – deverá sempre pender a favor deste, ou seja, a favor do melhor interesse do infante.

Não podemos olvidar que a adoção apresenta enormes vantagens para uma criança. Uma delas é trazer ao mundo jurídico uma relação familiar que já existe no mundo dos fatos, conferindo juridicamente a condição de filho a quem já se comporta e se compreende dessa maneira. Além disso, a adoção confere maior proteção ao infante, com os efeitos previdenciários, sucessórios e civis daí decorrentes. Deixar a criança em guarda, ao invés de adoção, é relegá-la a um vínculo jurídico frágil e precário, sem maior segurança jurídica, rejeitando injustamente a constituição de uma paternidade e maternidade já externada socialmente e afetivamente.

Por isso, não há mais espaço para que o Ministério Público atue como mero fiscalizador da correta aplicação das leis, inclusive daquelas injustas, devendo assumir sua função essencial à justiça, interferindo positivamente na realidade social e, através do exame do conteúdo ideológico das normas jurídicas, dar prevalência para a efetivação daquelas que signifiquem a concretização dos interesses das crianças e adolescentes, na medida da *absoluta*

prioridade constitucional a estes atribuída.

Não se trata de pregar uma liberação descontrolada da adoção entre parentes, nem de incentivar a celeuma entre as relações de parentesco, e tampouco uma desvairada desobediência legislativa. Muito pelo contrário. A solução pela mitigação da vedação legal deverá ser sempre baseada nas peculiaridades do caso concreto, amparada em elementos técnicos produzidos nos autos pela equipe interprofissional e fundamentada nas regras de interpretação e integração das normas jurídicas, bem como nos direitos fundamentais e princípios previstos na Constituição da República.

Conferir a adoção nestes casos, repise-se, é questão não apenas de conferir direitos por uma relação já existente entre os envolvidos, como também uma questão de dignidade, permitindo que um filho socioafetivo seja reconhecido como tal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia--principais-e-operacionais.cont>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRIEDE, Reis. Interpretação da norma jurídica. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 15, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Palmplona. **Novo curso de Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Grandes temas da atualidade – adoção**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 91.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice e PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.). **Escritos de Direito das Famílias**: uma perspectiva luso brasileira. Porto alegre: Magister, 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Temas de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 408-409.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETTO, Olympio de Sá Sotto Maior. O Ministério Público e a proteção aos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. n. 29. Porto Alegre: MPRS, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e do Adolescente. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

QUEIROGA, Antônio Elias de. Aplicação do direito. In: (Vários) **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Sávio Renato Bittencourt Soares. Parecer recursa/Peça Processual publicado na **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 54, out./dez. 2014.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **Temas contemporâneos de família, infância e juventude**. Curitiba: CRV, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ZVEITER, Waldemar. **Adoção por ascendente**. *Revista in Verbis*. n.11. Rio de Janeiro, 1998.