

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MEIRIANA SILVEIRA ANJOS

**AS EXCEPCIONALIDADES DA ADOÇÃO AVOENGA ATRAVÉS DA  
FLEXIBILIZAÇÃO DO STJ DIANTE DA NECESSIDADE SOCIAL**

CURITIBA

2022

MEIRIANA SILVEIRA ANJOS

AS EXCEPCIONALIDADES DA ADOÇÃO AVOENGA ATRAVÉS DA  
FLEXIBILIZAÇÃO DO STJ DIANTE DA NECESSIDADE SOCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à graduação diante do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Pedroso Xavier

CURITIBA

2022

## TERMO DE APROVAÇÃO

## AS EXCEPCIONALIDADES DA ADOÇÃO AVOENGA ATRAVÉS DA FLEXIBILIZAÇÃO DO STJ DIANTE DA NECESSIDADE SOCIAL

MEIRIANA SILVEIRA ANJOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**LUCIANA PEDROSO  
XAVIER**

Assinado de forma digital por  
LUCIANA PEDROSO XAVIER  
Dados: 2022.05.05 16:28:45 -03'00'

---

Dra. Luciana Pedrosa Xavier  
Orientador

---

Dr. Ricardo Lucas Calderón  
1º Membro

---

Dra. Daniela Braga Paiano  
2º Membro

## Termo de aprovação.pdf

Documento número #b99adb69-1fbf-4636-aaf8-ae11992e4014

Hash do documento original (SHA256): 15d3a475563d0c0b6837defa555a71e6efa90e54ae1bfaac5376995ec2000793

## Assinaturas



**Ricardo Lucas Calderón**

CPF: 017.233.079-39

Assinou em 06 mai 2022 às 10:52:55

Emitido por Clicksign Gestão de Documentos S.A.



**Daniele Paiano**

CPF: 204.624.358-73

Assinou em 06 mai 2022 às 12:58:23

Emitido por Clicksign Gestão de Documentos S.A.

## Log

- 05 mai 2022, 17:35:58 Operador com email meiriana.silveira@gmail.com na Conta 1701890e-9bf8-43b4-bfcb-e389d23bc3fe criou este documento número b99adb69-1fbf-4636-aaf8-ae11992e4014. Data limite para assinatura do documento: 04 de junho de 2022 (17:21). Finalização automática após a última assinatura: habilitada. Idioma: Português brasileiro.
- 05 mai 2022, 17:35:59 Operador com email meiriana.silveira@gmail.com na Conta 1701890e-9bf8-43b4-bfcb-e389d23bc3fe adicionou à Lista de Assinatura: ricardo@calderonadvogados.com.br, para assinar, com os pontos de autenticação: email (via token); Nome Completo; CPF; endereço de IP. Dados informados pelo Operador para validação do signatário: nome completo Ricardo Lucas Calderón.
- 05 mai 2022, 17:35:59 Operador com email meiriana.silveira@gmail.com na Conta 1701890e-9bf8-43b4-bfcb-e389d23bc3fe adicionou à Lista de Assinatura: danielapaiano@hotmail.com, para assinar, com os pontos de autenticação: email (via token); Nome Completo; CPF; endereço de IP. Dados informados pelo Operador para validação do signatário: nome completo Daniele Paiano.
- 06 mai 2022, 10:52:55 Ricardo Lucas Calderón assinou. Pontos de autenticação: email ricardo@calderonadvogados.com.br (via token). CPF informado: 017.233.079-39. IP: 138.204.26.169. Componente de assinatura versão 1.264.0 disponibilizado em https://app.clicksign.com.
- 06 mai 2022, 12:58:23 Daniele Paiano assinou. Pontos de autenticação: email danielapaiano@hotmail.com (via token). CPF informado: 204.624.358-73. IP: 186.236.167.83. Componente de assinatura versão 1.265.0 disponibilizado em https://app.clicksign.com.

---

06 mai 2022, 12:58:23      Processo de assinatura finalizado automaticamente. Motivo: finalização automática após a última assinatura habilitada. Processo de assinatura concluído para o documento número b99adb69-1fbf-4636-aaf8-ae11992e4014.

---



**Documento assinado com validade jurídica.**

Para conferir a validade, acesse <https://validador.clicksign.com> e utilize a senha gerada pelos signatários ou envie este arquivo em PDF.

As assinaturas digitais e eletrônicas têm validade jurídica prevista na Medida Provisória nº. 2200-2 / 2001

Este Log é exclusivo e deve ser considerado parte do documento nº b99adb69-1fbf-4636-aaf8-ae11992e4014, com os efeitos prescritos nos Termos de Uso da Clicksign, disponível em [www.clicksign.com](http://www.clicksign.com).

*A todos que acompanharam meus passos e torceram por mim durante toda a trajetória da graduação, em especial, aos meus pais, irmãos e companheiro.*

## RESUMO

O presente artigo busca analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 1.448.969/SC e Recurso Especial 1.587.477/SC, nas quais se possibilitou a adoção avoenga. Com isso, visa-se abordar os conflitos existentes acerca da flexibilização da norma, bem como trabalhar pontos importantes apresentados nos votos dos relatores de cada caso, argumentando sobre a necessidade de que a lei seja aplicada de forma mitigada diante de casos excepcionais, gerando assim sua flexibilização. Ainda assim, analisa-se neste artigo o importante papel da família para a construção social da criança e a necessidade de que seus direitos fundamentais sejam resguardados pelo Direito, tendo em vista sempre o princípio do melhor interesse da criança, a manutenção do vínculo socioafetivo e a garantia da dignidade humana. Tem-se como base legal para a elaboração do trabalho apresentado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, a Constituição Federal de 1988, bem como os julgados disponibilizados pelo STJ.

Palavras-chave: Adoção. Avoenga. ECA.

## **ABSTRACT**

This article aims to analyze the decisions of the Superior Court of Justice (STJ) in Special Appeal 1.448.969/SC and Special Appeal 1.587.477/SC, in which grandparents adoption was made possible. With this, the aim is to address the existing conflicts about the flexibilization of the norm, as well as work on important points presented in the votes of the rapporteurs of each case, arguing about the analysis of the importance of the law being applied in a mitigated way in exceptional cases. Even so, this article analyzes the important role of the family for the social construction of the child, and the need for their fundamental rights to be protected by law, always bearing in mind the principle of the best interest of the child, the maintenance of the socio-affective bond and the guarantee of human dignity. The legal basis for the elaboration of the work presented is the Child and Adolescent Statute, Law nº 8.069/1990, the Federal Constitution of 1988, as well as the judgments made available by the STJ.

Keywords: Adoption. Grandparents adoption. ECA.



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO.....	9
2.1 O NORTEAMENTO FAMILIAR JUNTO A ADOÇÃO AVOENGA.....	12
3 AS EXCEPCIONALIDADES PROPORCIONADAS PELO STJ.....	15
3.1 RECURSO ESPECIAL N.º 1.448.969/SC.....	16
3.2 RECURSO ESPECIAL N.º 1.587.477/SC.....	18
4 DA PROBLEMÁTICA JUNTO A FLEXIBILIZAÇÃO .....	19
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	25
REFERÊNCIAS.....	29

## 1 INTRODUÇÃO

Os enlaces que estabelecem as caracterizações e vínculos familiares estão em constante mudança. Não apenas os parâmetros jurídicos legais se atualizam, mas a pluralidade das relações interpessoais e afetivas produzem fortes efeitos jurisprudenciais, uma vez que as variações dos laços envolvendo o núcleo familiar geram alternâncias que precisam ser acompanhadas pelo ordenamento jurídico (DIAS, 2015).

Dentre os numerosos casos relacionados ao Direito de Família, um tema recorrentemente volta a ser analisado e mencionado diante do direto envolvimento emocional e social que o engloba: o instituto da Adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>1</sup>, doravante apenas ECA, aborda este tema de forma coerente e perspicaz, mas que ainda assim possibilita margem para discussões e pesquisas acerca deste importante âmbito social e afetivo.

Para tanto, esta pesquisa tem como premissa aprofundar as esferas que permeiam o fenômeno da adoção avoenga, uma vez que este, apesar de expressamente vedado pelo art. 42, §1º, ECA, devido às decisões do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se constantemente em pauta. Sendo assim, faz-se necessário tal desenvolvimento para que se compreenda as alterações sociais enfrentadas pela sociedade contemporânea que levam a necessidade de flexibilizações excepcionais dos dispositivos legais, ainda que compreendendo as possíveis consequências deste ato.

Sendo assim, será necessário analisar, de forma minuciosa, os dispositivos de Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, mais precisamente o artigo 42, para que, através disso, se possa desenvolver uma linha crítica acerca de dois julgados (Recurso Especial n.º 1.448.969/SC e Recurso Especial n.º 1.587.477/SC) proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais permitiram a adoção por avós de seus netos. Assim, poder-se-á concluir sobre a viabilidade das decisões e a aplicação destas diante do contexto de mudanças constantes que a sociedade apresenta em seus núcleos familiares e os reflexos jurídicos ao direito de família que podem ser elencados a partir de então.

---

<sup>1</sup> Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

## 2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

O instituto da adoção trata-se de uma das mais antigas formas de criação de laços e vínculos afetivos de uma criança privada de seu núcleo familiar primário, visto que sempre houve, por fatores variáveis, crianças incluídas em outras famílias que não a biológica (DIAS, 2015). No Brasil, a adoção vem sofrendo diversas alterações, tanto na sua parte legislativa estrita, quanto na aplicabilidade da lei, principalmente após o século XX (PEREIRA, 2008). No tocante isso, Daniela Paiano (2016) aponta que:

A adoção no Brasil passou por diversas alterações legislativas – Código de 1916 que contemplava espécies de adoção (com tratamento jurídico diverso aos filhos, não lhes dando igualdade), Constituição Federal – que determinou a igualdade entre os filhos; o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina a adoção de crianças e adolescentes e o Código Civil atual. Contudo, a Lei 12.010 de 2009 alterou novamente o ECA e o Código Civil, trazendo para o microsistema, inclusive, adoção concernente a maiores (o que acarretou uma crítica da doutrina por conta disso). (PAIANO, 2016, p. 99)

Posto isso, pode-se considerar, até mesmo, que a adoção dentro dos institutos familiares se trata de um dos que mais tem recebido alterações, estruturalmente e funcionalmente, visto que as perspectivas e construções sociais necessitam de adequações. Sendo assim, para acompanhar as variantes que surgem ao longo do tempo, ainda que a legislação nacional não tenha definido precisamente em termos a adoção, é importante destacar que ela aborda o tema em forma de um conjunto de aspectos que consiste no parentesco entre pais e filhos, mediante um acordo legal bilateral, solene e complexo, o qual é formalizado judicialmente (TARTUCE, 2017).

No tocante à introdução sobre as alterações no contexto da recepção atual da família, Paulo Lobo (2018) preconiza que a família contemporânea passou a ter a proteção do Estado, construindo um direito subjetivo público em que a proteção do Estado à família tornou-se princípio universalmente, constitucionalmente e socialmente aceito. Ainda, segundo o entendimento de Ricardo Calderón (2013) o modelo de família que preponderou com a Constituição de 1988 é muito diverso daquele existente na vigência da codificação civil anterior, uma vez que, agora,

prepondera o afeto, o respeito, a liberdade, a dignidade, a solidariedade e a cooperação (CALDERÓN, 2013, p. 239).

Com isso, evidencia-se que a família não é só a união formada pelo casamento, mas todas as demais entidades familiares socialmente constituídas, por exemplo a família constituída pela adoção. Para tanto, em regra geral, esta obra seguirá os preceitos da corrente doutrinária sobre adoção formulada por Tania Pereira (2008, p. 148), a qual destaca que:

(...) podemos afirmar sua identificação como ato complexo, misto de consensual na sua origem e solene no seu aspectos formal. Consensual porque se origina da vontade do adotante e é requisito de sua validade o consentimento dos pais ou responsáveis; solene, porque não se perfaz sem a participação do Estado através de provimento judicial. (PEREIRA, 2008, p.148).

Segundo a Lei 12.010/2009<sup>2</sup>, a adoção passou a ser regida plenamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ROSA, 2020), passando este a englobar tanto adolescentes, quanto crianças, em seus dispositivos. Para o âmbito internacional, há dois tratados internacionais que estão integrados à legislação nacional, sendo estes a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional<sup>3</sup>, e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança<sup>4</sup>.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, assegura os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção (DIAS, 2015), valendo-se dos mesmos direitos e deveres que os filhos biológicos, conforme explicado por Maria Berenice Dias (2015), a qual aponta que:

O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização. (DIAS, 2015, p.482).

Junto ao norteammento da adoção, o ECA em seu art. 42, §1º, impede que a mesma seja feita por ascendentes e irmãos do adotando. Sobre esse assunto, Maria Berenice Dias (2015) destaca que:

---

<sup>2</sup> Lei Nacional da Adoção.

<sup>3</sup> Convenção da Haia - Decreto n.º 3.087/99.

<sup>4</sup> Decreto n.º 99.710/90.

Apesar de ser priorizada e incentivada a permanência de crianças e adolescentes no âmbito da família extensa (ECA 19 § 3.0 e 39 § 1 .º), ou seja, com parentes próximos com os quais convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (ECA 25 parágrafo único), é vedada a adoção por ascendentes ou entre irmãos (ECA 42 § 1 .0). Como avós não podem adotar netos e irmãos não podem ser adotados uns pelos outros, ocorre somente a concessão da guarda. (DIAS, 2015, p. 484)

Entretanto, Conrado Paulino da Rosa (2020, p. 435) aponta que "(...) apesar de tal proibição para adoção, não há obstáculos para que os avós ou irmãos da criança e adolescentes fiquem em sua companhia enquanto detentores da guarda". Ademais, conforme o Enunciado n.º 05 do Instituto Nacional Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) no tocante à adoção, deve-se prevalecer o princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

É neste sentido que se destacam duas decisões<sup>5 6</sup> proferidas pelo STJ, nas quais se possibilitou a excepcionalidade da adoção por avós, ressaltando a constante mudança da estrutura familiar contemporânea.

---

<sup>5</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Sentença e acórdão estadual pela procedência do pedido. Mãe biológica adotada aos oito anos de idade grávida do adotando. [ . . . ] Prevalência dos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse do menor. Art. 6.º do ECA. Incidência. Interpretação da norma feita pelo juiz no caso concreto. Possibilidade. Adoção mantida. Recurso improvido. [ ... ] 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as Leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3.ª geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade ele mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação à adoção por descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1.º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuídos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6.º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 7. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1.448.969/SC (2014/0086446-1), 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21/10/2014)

<sup>6</sup> RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MENOR PLEITEADA PELA AVÓ PATERNA E SEU COMPANHEIRO (AVÔ POR AFINIDADE). MITIGAÇÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ARTIGO 42 DO ECA. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição da República de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais "pessoas em desenvolvimento" devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico. 2. Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 - reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo -, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que, concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social. 3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por escopo salvaguardar "uma decisão judicial do maniqueísmo ou do

A restrição imposta pelo ECA fundamenta-se na tentativa de se evitar fraudes previdenciárias e afastamento de problemas acerca da sucessão e herança (ROSA, 2020).

Sabendo-se do impasse vigente entre os artigos 19<sup>7</sup> e 42 do ECA e destacando as principais fundamentações acerca do tema, bem como homenageando outros exímios doutrinadores, como Maria Berenice Dias e Paulo Lobo, desenvolver-se-á este trabalho sobre a importância da flexibilização do dispositivo legal referente à adoção avoenga, diante dos diferentes cenários sociais vigentes no Brasil, os quais serão tratados adiante nos próximos tópicos deste artigo.

## 2.1 O NORTEAMENTO FAMILIAR JUNTO A ADOÇÃO AVOENGA

---

dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588/589). 4. É certo que o § 1º do artigo 42 do ECA estabeleceu, como regra, a impossibilidade da adoção dos netos pelos avós, a fim de evitar inversões e confusões (tumulto) nas relações familiares - em decorrência da alteração dos graus de parentesco -, bem como a utilização do instituto com finalidade meramente patrimonial. 5. Nada obstante, sem descurar do relevante escopo social da norma proibitiva da chamada adoção avoenga, revela-se cabida sua mitigação excepcional quando: (i) o pretense adotando seja menor de idade; (ii) os avós (pretensos adotantes) exerçam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento; (iii) a parentalidade socioafetiva tenha sido devidamente atestada por estudo psicossocial; (iv) o adotando reconheça os - adotantes como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; (v) inexista conflito familiar a respeito da adoção; (vi) não se constate perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; (vii) não se funde a pretensão de adoção em motivos ilegítimos, a exemplo da predominância de interesses econômicos; e (viii) a adoção apresente reais vantagens para o adotando. Precedentes da Terceira Turma. 6. Na hipótese dos autos, consoante devidamente delineado pelo Tribunal de origem: (i) cuida-se de pedido de adoção de criança nascida em 17.3.2012, contando, atualmente, com sete anos de idade; (ii) a pretensão é deduzida por sua avó paterna e seu avô por afinidade (companheiro da avó há mais de trinta anos); (iii) os adotantes detêm a guarda do adotando desde o seu décimo dia de vida, exercendo, com exclusividade, as funções de mãe e pai da criança; (iv) a mãe biológica padece com o vício de drogas, encontrando-se presa em razão da prática do crime de tráfico de entorpecentes, não tendo contato com o filho desde sua tenra idade; (v) há estudo psicossocial nos autos, atestando a parentalidade socioafetiva entre os adotantes e o adotando; (vi) o lar construído pelos adotantes reúne as condições necessárias ao pleno desenvolvimento do menor; (vii) o adotando reconhece os autores como seus genitores e seu pai (filho da avó/adotante) como irmão; (viii) inexistente conflito familiar a respeito da adoção, contra qual se insurge apenas o Ministério Público estadual (ora recorrente); (ix) o menor encontra-se perfeitamente adaptado à relação de filiação de fato com seus avós; (x) a pretensão de adoção funda-se em motivo mais que legítimo, qual seja, desvincular a criança da família materna, notoriamente envolvida em criminalidade na comarca apontada, o que já resultou nos homicídios de seu irmão biológico de apenas nove anos de idade e de primos adolescentes na guerra do tráfico de entorpecentes; e (xi) a adoção apresenta reais vantagens para o adotando, que poderá se ver livre de crimes de delinquentes rivais de seus parentes maternos. 7. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp: 1587477 SC 2016/0051218-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/03/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2020).

<sup>7</sup> 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.

Sabe-se que o instituto da família afeta, direta e indiretamente, variados ramos jurídicos. Para tanto, Maria Berenice Dias (2015, p. 133) destaca:

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. (DIAS, 2015, p. 133).

Muito além dos parâmetros materiais, o vínculo formado entre pais, filhos e avós é de grande importância para a formação do indivíduo como cidadão. Todavia, ainda que seja respeitado e resguardado o princípio do melhor interesse da criança, ou apreciada a abordagem constitucional da família como base social, diante ao art. 226<sup>8</sup> da Constituição Federal, ou ainda observado o art. 28, § 1º, do ECA<sup>9</sup> que trata sobre as formas colocação em família substituta, algumas tratativas merecem grande atenção devido aos seus possíveis reflexos e consequências no âmbito jurídico.

A adoção possui vasta abordagem normativa e doutrinária, alcançando pontos interessantes de resguardo pelo judiciário brasileiro. Isso se vale tanto da importância social, quanto da necessidade de adaptá-la o máximo possível devido a sua alta relevância no que envolve o adotante e a criança.

Dentre os pontos envolvidos com o processo de adoção, algo se destaca devido ao seu caráter impeditivo: até o Código Civil de 1916, não existia impedimento para que a adoção fosse realidade por avós, pois o art. 375<sup>10</sup>, do antigo código permitia a adoção por meio de escritura pública, ou seja, não existia

---

<sup>8</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

<sup>9</sup> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

<sup>10</sup> Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, em termo.

impedimento direto restritivo ao ato. Ou seja, apenas com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é que passou a existir a proibição da adoção avoenga.

Segundo o art. 42, §1º, ECA, é vedada a adoção avoenga, ou seja, aquela em que os próprios avós biológicos adotam seus netos para este integrar juridicamente seu núcleo familiar. Entretanto, destaca-se aqui que o impeditivo se mostra claro diante ao artigo de Lei, visto que busca evitar problemas referentes a linha sucessória e hereditária da criança que seria adotada pelos pais de seus pais.

Muito embora pareça objetiva a propositura determinada pelo ECA, não se pode desvinculá-la da realidade vivenciada pelas famílias brasileiras, as quais modificam seus núcleos e necessidades diariamente devido a constante modernização e transformação da formação do lar. Assim, a criança que não está sob a autoridade parental de seus pais biológicos, poderá ser adotada, exceto por seus ascendentes e irmãos.

Sabendo-se que os avós estão expressamente proibidos de adotarem seus próprios netos, a Lei assegura sua possibilidade de requerimento da guarda da criança para sua inserção familiar, conforme preconizado pelo art. 28, do ECA, que favorece a manutenção da criança/adolescente no centro familiar e diminui os efeitos negativos que poderiam surgir sobre tal ato. Contudo, há diferenças significativas quanto às duas formas de proteção dos que não possuem plena capacidade civil no tocante a idade.

Ao contrário do requerimento por adoção, a solicitação da guarda não destitui o poder familiar dos pais biológicos, os quais serão mantidos junto ao registro e documentos da criança, passando apenas a guarda aos avós. Já na adoção, há a destituição do poder familiar e desligamento dos vínculos com os pais e parentes, conforme se observa junto ao art. 41<sup>11</sup> do ECA, visto que o adotando passa a fazer parte de um novo núcleo parental, sendo resguardado todos os seus direitos familiares, sem desigualdades quando comparado ao filho biológico, conforme determina o art. 227, § 6º da Constituição de 1988<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.



Muito embora a adoção avoenga seja proibida no Brasil, o STJ vem decidindo sobre o tema de forma diversa, flexibilizando-o frente à realidade social brasileira. A possibilidade de adoção pelos avós, levantada pelo Superior Tribunal de Justiça, produz precedente jurídico e vem sendo debatido pela doutrina, bem como possibilitou a análise criteriosa neste trabalho.

### **3 AS EXCEPCIONALIDADES PROPORCIONADAS PELO STJ**

Em que pese se tenha abordado aqui a vedação legal a respeito da adoção avoenga, nos termos do art. 42, §1º, do ECA, a qual tem o fito de evitar confusões patrimoniais, emocionais e sucessórias em relação ao adotante e o adotado, a mudança da estrutura familiar é evidente nos dias atuais. A caracterização do núcleo familiar passou por inúmeras alterações ao longo dos anos, as quais ainda não conseguiram ser abarcadas por toda a legislação vigente.

Conforme a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2021, p. 4) através da tábua de mortalidade, a qual prevê uma projeção da mortalidade do Brasil a partir de dados censitários de 2010, que não incluem o efeito da pandemia por COVID-19, pode-se concluir que a expectativa de vida no país vem aumentando, o que reflete diretamente na caracterização dos perfis dos avós brasileiros.

De acordo com os dados supramencionados, tem-se que:

(...) a expectativa de vida ao nascer seria de 76,8 anos para o total da população, um acréscimo de 2 meses e 26 dias em relação ao valor estimado para o ano de 2019 (76,6 anos). Para a população masculina, a esperança de vida ao nascer seria de 73,3 anos, e, para as mulheres, de 80,3 anos, em 2020. A expectativa de vida aos 60 anos de idade para ambos os sexos seria de 22,0 anos, sendo de 20,8 anos para os homens e 24,6 anos para as mulheres. (IBGE, 2021, p. 3)

Com isso, além do aumento em relação à expectativa de vida afetar diretamente questões previdenciárias, também influencia na longevidade dos avós nacionais, ocasionado por diferentes fatores, como por exemplo, os avanços tecnológicos e desenvolvimento aprimorado da medicina. Assim, os avós acabam vivendo mais e sendo mais ativos socialmente, refletindo na participação na criação de seus netos.

A participação dos avós na atividade familiar, a qual decorre do envelhecimento da população, mostra uma alteração estrutural da família moderna, o que possibilitou novas formas de convivência intergeracional. O idoso já não é apenas o avô acolhedor, mas também é responsável pelo cuidado, provimento e educação da criança. Para o médico Marco Pereira (2009, p. 46), “a ajuda prestada pela pessoa idosa a sua família, como fenômeno natural e culturalmente esperado, tem crescido significativamente tendo em vista a fragilidade da situação econômica do país (...)”.

Ainda assim, a Constituição Federal, em seu art. 227, caput<sup>13</sup>, elenca expressamente o princípio da proteção integral da criança e do adolescente no ordenamento jurídico, o que se traduz na segurança dos direitos da criança e do adolescente. Com isso, além da determinação legal, a análise de casos envolvendo a abordagem da adoção deve também se pautar no interesse da criança adotada.

Devido a essa e outras mudanças na constituição familiar, como aspectos sociais e econômicos, tornou-se imprescindível que o Judiciário se adaptasse a realidade de casos específicos e se flexibilizasse diante da aplicação da regra estabelecida no art. 42, §1º, do ECA, permitindo a adoção avoenga, sob o respaldo do princípio do melhor interesse da criança.

Logo, analisar-se-á a seguir, dois casos em que, excepcionalmente, foi proporcionada a flexibilização da lei em função do interesse da criança envolvida.

### 3.1 RECURSO ESPECIAL N.º 1.448.969/SC

Dentre as exceções proporcionadas pelo STJ, há o Recurso Especial n.º 1.448.969/SC, o qual tratou de uma criança gerada por outra criança. A mãe biológica do adotado possuía, à época do fato gerador, apenas 9 (nove) anos de idade, e teve a gestação como decorrência de violência sexual. A mãe biológica do adotado também foi adotada pelos requerentes da lide.

Segundo as informações que norteiam a decisão dos autos, durante todo o período de desenvolvimento da infância, os avós desempenharam a função de pais,

---

<sup>13</sup> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

tendo em vista que a genitora biológica não possuía condições psicológicas, físicas ou econômicas de criar sua prole, devido a sua idade.

O caso em questão se trata de recurso especial interposto pelo Ministério Público em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, referente a ação de adoção cumulada com destituição de poder familiar. No caso em tela, a mãe do adotando, à época de sua própria adoção, já se encontrava grávida. Devido à idade da mãe, a mesma não possuía estrutura para manter seu filho, o qual passou a ser cuidado pelos pais adotivos de sua mãe biológica.

Os avós, após o crescimento da criança, já em sua fase adolescente, ingressaram judicialmente, com o consentimento da mãe biológica. A ação foi julgada procedente, deferindo a adoção do neto pelos avós. O Ministério Público então apelou contra a decisão, alegando vedação pelo art. 42, §1º do ECA. Nada obstante, o acórdão proferido permitiu a flexibilização do dispositivo legal, sob os argumentos das peculiaridades do caso e do melhor interesse da criança.

De acordo com os apontamentos presentes no acórdão de segunda instância, ocorreu junto ao TJSC a aplicação da teoria neoconstitucionalista<sup>14</sup>. A aplicação dessa teoria junto ao caso, busca que o direito seja compreendido de maneira a promover a dignidade humana e a integração social e, por isso, deve ser flexibilizado.

Com isso, após o trâmite processual junto ao órgão julgador estadual, o caso foi remetido à Terceira Turma do STJ, com a relatoria do Ministro Moura Ribeiro. O relator, em seu voto, manteve a decisão proferida pelo tribunal estadual, trazendo em sua análise o histórico da adoção no Brasil. Ainda, o Ministro abordou a evolução do princípio da dignidade humana como fonte histórica de reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos.

O Ministro relator<sup>15</sup> negou provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a decisão recorrida que deferiu a adoção do adolescente pelos avós, destacando que:

---

<sup>14</sup> Sobre o tema, leciona Daniel Sarmiento (2009, p. 269): “As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas (...), em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, (...) o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias de argumentação que permitem a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito”.

<sup>15</sup> STJ - REsp: 1448969 SC 2014/0086446-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014.

a realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva (...) eis 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 pessoas em desenvolvimento.(STJ, 2014)

O voto também abordou a possibilidade, proporcionada pelo art. 6º do ECA<sup>16</sup>, em que se permite que o magistrado interprete a lei de acordo com os parâmetros do adotado:

**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.

Ante o exposto, o voto do Ilustre relator foi seguido por unanimidade, sendo possibilitada a adoção do adolescente por seus avós, através da mitigação do art. 42, §1º do ECA, regularizando a filiação socioafetiva presente no caso, visto que os avós já exerciam a função de pais desde o nascimento do adotado.

### 3.2 RECURSO ESPECIAL N.º 1.587.477/SC

Na mesma toada do caso já referido, há um ainda mais recente: trata-se do Recurso Especial n.º 1.587.477, também do estado de Santa Catarina, julgado em 10 de março de 2020, no qual foi prolatada decisão reafirmando a possibilidade de adoção de netos por avós.

No caso em questão, a criança adotada se encontrava sob a guarda dos avós paternos, os quais exerciam a função familiar paterna e materna desde os dez dias de vida da criança. Houve, durante o desenrolar da ação, a avaliação psicossocial que afirmou a parentalidade socioafetiva dos avós em face da criança.

Ocorre que, neste contexto, a mãe biológica possuía dependência química e, no momento da ação, se encontrava presa pelo crime de tráfico de drogas. A mesma concordou com a adoção da sua filha pelos avós paternos.

Destaca-se ainda que a família materna da adotada possuía histórico de problemas relacionados ao uso de drogas. Isso pois, o irmão biológico da adotada foi assassinado aos nove anos de idade, por rivalidade do tráfico envolvendo seus pais. Além disso, outros primos maternos também já foram vítimas fatais do crime.

---

<sup>16</sup> Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

Inicialmente, houve decisão em primeiro grau julgando procedente o requerimento de adoção ajuizado pela avó paterna e seu companheiro. Após recurso de apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve a decisão recorrida.

O Parquet estadual então interpôs recurso especial, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça, reiterando a argumentação de impossibilidade de adoção por avós, nos termos do ECA, art. 42, § 1º. Os autos foram distribuídos sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão e foi julgado pela 4ª Turma, que decidiu, por unanimidade, no mesmo entendimento da 3ª Turma, pela possibilidade da adoção da neta por seus avós.

Dentre aos argumentos utilizados para firmar a decisão, a base do melhor interesse da criança, bem como a busca pela proteção da mesma foram preponderantes. O relator destacou em sua decisão que a flexibilização do art. 42, §1º, do ECA para a autorização da adoção por avós exige a caracterização de uma situação diferenciada: entre essas condições é preciso que o adotando seja menor de idade; que os avós exerçam o papel de pais desde o nascimento da criança, assim como não haja conflito familiar a respeito da adoção, sendo essa vantajosa para a criança (SALOMÃO, 2020).

Além das palavras do ministro relator, o Ministro Marco Buzzi destacou que é permitida a adoção quando são demonstradas a afetividade e a afinidade da criança com os pretensos adotantes.

Dessa forma, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do Ministério Público e manteve a decisão que possibilitou que a criança do caso fosse adotada por seus avós paternos.

#### **4 DA PROBLEMÁTICA JUNTO A FLEXIBILIZAÇÃO DA ADOÇÃO AVOENGA**

Os dois casos relatados nos tópicos anteriores possuem questões relevantes a serem trabalhadas, eis que trazem grande importância para a análise da problemática referente a adoção por avós no Brasil. As decisões abordam tópicos sociais que não podem ser ignorados diante do impacto que geram no desenvolvimento da criança, bem como tratam de impasses jurídicos que precisam de um olhar cauteloso ao serem debatidos.

Tem-se que os casos em tela expõem que a jurisprudência pátria vem analisando meticulosamente a possibilidade da adoção avoenga, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, assim como a necessidade de analisar o cunho hermenêutico que reveste o Estatuto da Criança e do Adolescente e a importância de se tratar a proteção integral na configuração das famílias na atualidade (BOTEGA, 2018).

No primeiro caso, o adotando não reconhecia sua genitora como mãe, pois desde o seu nascimento teve seu vínculo de filiação relacionado aos seus avós. Até porque, conforme se apurou nos autos, o menino reconhecia sua mãe biológica como irmã, pois não possuíam nem dez anos de diferença.

O voto do Recurso Especial n.º 1.448.969/SC teve sua fundamentação pautada no princípio da dignidade humana, o qual é apontado pelo Ministro Relator como supraprincípio constitucional. Entende-se que esse caso não trata apenas de adoção, mas de reconhecimento de filiação socioafetiva, pois durante todo o desenvolvimento do adotando esse reconheceu como pais os seus avós. Dentre os ilustres aspectos amparados junto ao voto do relator<sup>17</sup>, destaca-se:

Para tanto, é fundamental que a justiça da Infância e da juventude atue de forma responsável, madura a partir do caso concreto, sob a ótica interdisciplinar e em respeito e observância aos princípios e parâmetros normativos vigentes, tendo a compreensão que o objetivo primordial de sua intervenção não é a aplicação de medidas, mas sim, em última análise, a proteção integral infanto-juvenil em seu sentido mais amplo. É inadmissível que a autoridade judiciária se limite a invocar o princípio do superior interesse da criança para depois aplicar medida que não observe sua dignidade. (STJ, 2014)

No tocante a filiação, o adotando tinha convicto reconhecimento dos seus avós como pais, inclusive demonstrações externas socialmente. Neste sentido, Ricardo Calderón (2019), ao tecer uma análise sobre o Provimento 83 do CNJ<sup>18</sup>, esclarece a respeito da ligação socioafetiva que é necessário que essa seja exteriorizada no meio social no qual os interessados estão inseridos, da forma que seja, inclusive, do conhecimento de terceiros (CALDERÓN, 2019).

Nesse caso, uma simples guarda por parte dos avós não cumpriria a função familiar necessária para caracterizar a dignidade humana do adolescente. Isso pois,

---

<sup>17</sup> STJ - REsp: 1448969 SC 2014/0086446-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 21/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014.

<sup>18</sup> Provimento o qual modificou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva registradas pelo Provimento 63.

no próprio registro do mesmo, já não existia a figura paterna e sua mãe biológica não era assim reconhecida socialmente, pois todos, inclusive o adotando, reconheciam a filiação existente junto aos avós. Logo, se esses não tivessem a possibilidade de adoção, o adolescente continuaria a passar por momentos constrangedores, em que teria que explicar que sua irmã afetiva na realidade era sua mãe biológica.

Conforme exposto pela Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2016), sobre a aplicação do art. 42, do ECA, tem-se que:

Destarte, em regra, avós não podem adotar netos. Com isso, o legislador ordinário buscou evitar interesses patrimoniais e/ou assistenciais, bem como eventual confusão mental e patrimonial decorrente da transformação dos avós em pais, ou seja, do comprometimento da ordem natural existente entre parentes.

Todavia, o caso apresentado não figura como confusão patrimonial ou mental, visto que o casal adotante já possuía outros filhos adotivos, não dispunha de vasto patrimônio, bem como sempre proveram a criação do adotando. Além disso, no tocante à confusão mental, o contrário seria mais preocupante para a vida do adolescente, pois, se no âmbito da justiça fosse negado o registro em nome daqueles que toda a vida tiveram vínculo materno e paterno para com o adotando, esse não teria nenhum reconhecimento social da figura de pai ou mãe, pois identifica sua mãe biológica apenas como irmã.

Ainda sobre o RESP n.º 1.448.969/SC, a Ilustre Silvana do Monte Moreira (2014), presidente da comissão de adoção do IBDFAM em 2014 mencionou que:

(...) a decisão trouxe para o mundo do Direito a relação existente no mundo dos fatos: ambos, genitora e seu filho, sempre foram filhos dos adotantes e jamais filha e neto. O princípio da dignidade da pessoa humana foi absolutamente respeitado ao reconhecer as relações parentais e fraternas existentes no campo socioafetivo. O dispositivo que veta a adoção por ascendente, nesse caso, jamais poderia ser absoluto e sim adaptado para o caso concreto como, magistralmente, o foi. (...) O ser social não é estanque; pelo contrário, é absolutamente mutável. Os princípios basilares insculpidos na Constituição Federal são norteadores dos novos direitos e caminha no reconhecimento das novas configurações familiares. (MOREIRA, 2014).

Posto isso, fica evidente a necessidade da flexibilização da lei diante da análise do caso concreto, sendo que neste fez-se de suma importância o

reconhecimento legal da filiação socioafetiva já existente, preservando a dignidade do adolescente adotando.

Em outra análise, o segundo caso, Recurso Especial n.º 1.587.477, mostra outra perspectiva como justificativa para a flexibilização da norma. Na demanda narrada, o histórico familiar materno da criança estava marcado fortemente pela criminalidade resultante do uso de drogas e homicídios, inclusive do irmão biológico do adotando, que possuía apenas nove anos de idade quando foi vítima da criminalidade de grupos de traficantes. A genitora da criança se encontrava presa e o pai, além de morar distante do domicílio do adotado, não possuía condições psicológicas de cumprir a função paternal, pois também era usuário de drogas. Ambos concordaram com a adoção.

Os autos apontaram que o irmão do adotando foi assassinado por vingança entre os membros da família da mãe biológica. Com isso, manifestou-se em seu voto, o Ilustre Relator Min. Luis Felipe Salomão (STJ, 2020) da seguinte maneira:

Este talvez seja o maior benefício que a adoção possa trazer à criança. Retirá-la do convívio de seus familiares maternos e suprimir a menção ao sobrenome de tamanho envolvimento na criminalidade da comarca de origem pode poupar-lhe a vida, mais preciosos bem de qualquer pessoa, e a liberdade. (STJ, 2020)

No tocante à proteção da criança, o doutrinador Rodrigo Pereira da Cunha (2015, p. 578) aponta como significado que “as pessoas em desenvolvimento, isto é, as crianças e adolescentes, devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico”. Assim, é necessário que o sistema jurídico se flexione para amparar aqueles que necessitam da proteção do Estado para garantir o direito à vida.

Conforme exposto, as estruturas familiares de mãe e pai biológicos, nos casos julgados pelo STJ, estavam abaladas. Isso pois, quando ocorre a extinção do poder familiar tem-se, em alguns casos, a transferência para os avós, sendo de suma importância o estudo deste convívio intergeracional nas famílias dinâmicas (TELLES, 2019).

Diante das decisões analisadas, tem-se que o STJ buscou alcançar a necessidade de proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, com a finalidade de viabilizar a adoção, uma vez que, como sujeitos em desenvolvimento,



as crianças e adolescentes necessitam da proteção de direitos constitucionais através do Estado, da família e da sociedade como um todo (LOBO, 2021).

Ainda assim, há divergências quanto ao entendimento aplicado pelo STJ. Segundo o Wladimir Paes de Lira (2020), em comentário ao Instituto Brasileiro do Direito de Família de Alagoas em 2020, essas decisões vão de encontro ao texto literal do Estatuto da Criança e do adolescente, art. 42 §1º e, no entendimento do Exmo. Juiz, não há necessidade de adoção dos netos por seus avós, principalmente pelo ponto de vista cultural em que os avós já são considerados pais duas vezes. O jurista ainda aponta que:

(...) Então, quando um pai morre ou quando não pode exercer a paternidade, os avós sempre ocuparam esse espaço de forma tranquila e sem necessidade de quem tenha que se legalizar isso do ponto de vista adotivo. (...) Nesse particular eu acho que sempre andou bem a relação com os netos do ponto de vista das questões existenciais, do reconhecimento do segundo pai, da questão da criação, da educação e da manutenção. Não acho que seria indispensável haver uma regularização formal da adoção para poder gerar esses efeitos jurídicos, ou para garantir as questões existenciais da crianças. (...) Se eu excepciono por disposição literal de lei eu tenho que dizer que aquele dispositivo não atende ao fim que ele se destina, porque ele vai de encontro a Constituição Federal. Eu não posso analisar uma inconstitucionalidade ou não em função de um ou outro caso concreto (LIRA, 2020).

No mesmo sentido crítico, o jurista Roberto Caldas aponta que:

Não tem sentido um avô adotar o seu neto como filho, ensejando confusão familiar, já que seu filho passaria a ser irmão de seu neto, ou o pai irmão do próprio filho, ou ainda o filho cunhado de sua mãe. Não teria sentido o marido mais velho que sua mulher 16 anos a adotasse como filha; ou a esposa nas mesmas condições de diferença de idade adotasse o marido como filho. Não é necessário que a lei escrita o diga com todas as letras que adoções como as enunciadas não são permitidas, já que o direito não foge ao bom senso. (apud GONÇALVES, 2019, p. 392)

Entretanto, os julgados apresentados não se mostram a favor da inconstitucionalidade do art. 42, ECA, mas sim, defendem a flexibilidade do mesmo diante a viabilidade de cada caso. Isso porque, com base no art. 39, §3º do ECA, tem-se que:

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

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

Por conseguinte, as decisões propiciam a garantia do interesse das crianças e adolescentes envolvidos nos casos, visto que somente a guarda, como no REsp n.º 1.587.477, não desvincularia o infante do histórico familiar materno, o colocando em perigo quando se considera que a família está em constante conflito com a lei devido ao tráfico de drogas, o que já levou ao falecimento de outras crianças e adolescentes da mesma família. Assim, mudar o núcleo familiar, sendo a criança adotada pelos avós paternos, os quais já se comportavam como se pais fossem, mostra-se uma ação de cuidado e proteção do Estado com a segurança da criança.

O art. 33 do ECA traz o seguinte sobre a guarda:

**Art. 33.** A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Diante do artigo da lei, é possível se compreender que o instituto da guarda se refere à prestação de assistência material, moral e educacional. Contudo, nem sempre é possível que apenas este instituto seja a “solução” para casos específicos do direito, isso porque a guarda não substitui a figura da mãe e pai, muito pelo contrário, ela busca que estes estejam, de alguma forma, presentes na vida da criança e em nada seja afetado o vínculo emocional e afetivo entre eles, ainda que exista a guarda compartilhada com os avós.

Porém, o que também se observa nos casos apresentados e em outros contextos levados ao Judiciário recorrentemente, é que muitas vezes os avós que buscam a tutela jurisdicional para amparar a adoção avoenga são aqueles que os

netos reconhecem como pais, ou seja, não existe uma outra figura de mãe ou pai para a criança ou adolescente, ainda que em registro constem outros nomes.

Para tanto, quando não se legitima a possibilidade da adoção pelos avós, se mantém a criança “presa” a um fato inexistente em sua vida, o qual a seguirá e lhe acompanhará por diversos momentos, gerando intenso constrangimento, aflição e até mesmo perigo em seu cotidiano, o que poderia ser evitado caso fosse reconhecida legalmente a possibilidade de seus avós lhe adotarem. Isso possibilita uma concretização daquilo que o adotando já vivencia em seu dia a dia, eis que nos casos apresentados, os adolescentes nunca reconheceram seus pais biológicos como se assim fossem, pelo contrário, quando existia um vínculo, esse era apenas como irmãos.

No tocante a isso, é importante frisar o caso em que a genitora foi, ainda criança, vítima de abuso sexual, o que gerou a gravidez: caso não fosse possibilitada a adoção pelos avós, a mãe possuiria apenas nove anos de diferença de seu filho, o que impossibilitaria qualquer ato maternal recorrente em uma criação, pois ainda se trata de uma criança. Fora isso, existe o constrangimento do adolescente, que sempre precisaria justificar a diferença de idade para com a sua mãe, remetendo-lhe a contar que sua vida foi gerada como o fruto de um ato de violência, sendo claramente algo muito doloroso.

Com isso, a decisão a respeito da adoção avoenga não pode apenas se fechar à letra de lei, visto que, por ser um antigo instituto, sofreu modificações ao decorrer do tempo. As questões sociais e as diversas perspectivas de constituição familiar requerem que o entendimento e a aplicação normativa estejam em alinhamento com as mudanças estruturais da sociedade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A flexibilização da norma referente à adoção dos netos pelos seus avós demonstra-se necessária, sendo a mitigação da aplicação do art. 42 do ECA uma forma de possibilitar a garantia de direitos fundamentais do adotando. A lei proibitiva infere, muitas vezes, em consequências não favoráveis ao desenvolvimento da criança, como quando a mantém sob o registro de pais biológicos ausentes e com históricos familiares marcados por violências e crimes, ou ainda, por possuir um

registro de nascimento que, na prática, não se reconhece, por exemplo quando os avós, desde o nascimento da criança, cuidam desta como se filho fosse, porém sem o devido reconhecimento legal, o que provoca questionamentos, constrangimentos e confusões na própria criança, que não reconhece os pais biológicos e, ao mesmo tempo, não lhe é permitido ser adotado por seus avós, os quais para ela sempre foram seu núcleo familiar.

Embora se compreenda a necessidade em que fora criada a lei, visto que em alguns casos os avós pleiteavam a adoção dos seus netos apenas por questões financeiras, como na tentativa de burlar o INSS para a destinação de aposentadoria, nem sempre essa é a realidade. A adoção avoenga é plenamente cabível, principalmente por manter a criança sob seus laços consanguíneos, não retirando-a e inserindo-a em outro núcleo familiar distinto ao das suas origens.

Tem-se, com isso, que é mais fácil imaginar uma confusão patrimonial quando se fala de adoção avoenga, dentro de uma estrutura familiar tradicional, do que perceber a confusão psicológica sofrida pelo adotando em casos específicos iguais aos apontados. Sendo assim, é indiscutível que se observe o afeto envolvido em cada caso, para que isso norteie a aplicação da norma no âmbito do Direito de Família, devendo preponderar o procedimento judicial que atente contra sua aplicabilidade (MELO, 2018).

Mesmo que o art. 42, §1º do Outrossim, ficou demonstrado nesse artigo que o instituto da guarda nem sempre é o melhor caminho para a solução de conflitos, principalmente quando se trata da necessidade de ruptura do vínculo da criança com o histórico de criminalidade ou de violência que provenha dos pais biológicos. Ou ainda, quando seus pais biológicos não possuem condições físicas ou psicológicas para a criação dos filhos e os mesmos concordem com a adoção avoenga.

Estatuto da Criança e do Adolescente proíba que os avós adotem seus netos, os casos aqui abordados demonstraram que o mesmo estatuto possibilita essa modalidade de adoção, com fulcro nos artigos 6º e 39, os quais refletem o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. É importante pensar não somente sob o ponto de vista prático de aplicação da norma, mas da sua viabilidade diante de cada caso concreto, uma vez que se tratam de crianças e adolescentes em fase de construção de caráter e personalidade, ocasião em que o vínculo familiar muito interfere em seus desenvolvimentos psíquico sociais.

A construção da sociedade, o desenvolvimento individual e o conceito de maturidade emocional estão firmados sob a família. Segundo a psicóloga Sofia Alexandra de Jesus Andrade (2019), tem-se que:

A família é a matriz da identidade pessoal e social, desenvolvendo-se o sentimento de independência e autonomia, baseado na diferenciação que permite a consciência de si mesmo como alguém diferente. É essencial, a família permitir que cada um construa um mundo seu com viabilidade ecológica no interior dos outros e na realidade, e que se estruture em relações organizadoras. O desenvolvimento físico, psíquico e social, de cada ser humano depende do relacionamento com a família, todo o crescimento e desenvolvimento de cada indivíduo é influenciado pela vivência parental. A família, se for “saudável”, é uma fonte de ajuda ativa e um grupo familiar bem organizado e estável, sendo o sistema de autoridade claro e aceitável, e a comunicação aberta baseada em controlo e apoio, que são indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo. (...) Podemos afirmar que o que caracteriza a família são as relações de afeto e compromisso e a duração da sua permanência.

Sabendo-se que o vínculo familiar é de suma importância para que a criança construa sua personalidade, é razoável que o Poder Judiciário permita que isso ocorra da melhor forma possível para os envolvidos. Impedir que o adotando tenha o registro de identidade reconhecendo a filiação socioafetiva é ir na contramão da melhor opção para a construção do indivíduo, que sem a adoção formal por seus avós, ficará dependente de pais biológicos que, muitas vezes, sequer são conhecidos por seus filhos, devido ao abandono ou situações análogas.

A possibilidade da adoção por avós não significa ao todo se negar ou violar a lei, muito pelo contrário: a mitigação do texto de lei torna-se apenas uma forma mais humana de se aplicar o direito junto aos casos concretos de Direito de Família. Os julgados apresentados viabilizam a aplicação do entendimento de flexibilização da lei outros tribunais, possibilitando maior segurança jurídica e celeridade processual.

Sendo assim, fica evidente que a flexibilização da adoção proporcionada pelo Superior Tribunal de Justiça deve ser vista como positiva, visto que, no Brasil, a prática do instituto se mostra burocrática e direcionada por diversos contextos sociais que não podem ser ignorados nas tomadas de decisões. Logo, ao permitir a adoção avoenga com base no vínculo afetivo e no desempenho da função de criação e proteção dos netos por seus avós, o STJ se mostra preocupado com o desenvolvimento da criança e do adolescente envolvidos pela tutela jurisdicional,

não excluindo os direitos fundamentais necessários para que os adotandos tenham a dignidade humana protegida pela jurisdição.

Conclui-se, então, de maneira favorável à flexibilização da norma, possibilitando a adoção avoenga à luz do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista as alterações familiares e a modificação da figura do idoso com os passar dos anos, o qual possui renda e é ativo socialmente. Assim, a aplicação do artigo 42, §1º, ECA, precisa ser flexibilizada, pois as famílias atuais já não seguem apenas os ritos sociais tradicionais e necessitam ser abarcadas pela lei para que, nesta abordagem, a construção social da criança e do adolescente não seja afetada pelo não reconhecimento dos seus direitos e garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Sofia. **A importância da família na construção de relações saudáveis.** Psicologia.pt, jan. 2019. Disponível em: [https://www.psicologia.pt/artigos/ver\\_opiniao.php?a-importancia-da-familia-na-construcao-de-relacoes-saudaveis&codigo=AOP0500](https://www.psicologia.pt/artigos/ver_opiniao.php?a-importancia-da-familia-na-construcao-de-relacoes-saudaveis&codigo=AOP0500). Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12010&ano=2009&ato=22cUTVU90dVpWT28f>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp n.º 1.448.969 - SC. Terceira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: C R DO R. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília. Data de julgamento: 21 out. 2014. Data de Publicação: DJe 03/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28ado%E7%E3o+por+asce+ndente%29+E+ %28%22MOURA+RIBEIRO%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp n.º 1587477 – SC. Quarta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: C N D A S. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data de Julgamento: 10/03/2020, Data de Publicação: DJe 27/08/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919833238/recurso-especial-resp-1587477-sc-2016-0051218-8/inteiro-teor-919833248>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BOTEGA, João Luiz de Carvalho. **Avós podem adotar netos? Ativismo judicial e limites da legalidade:** análise crítica do julgamento do REsp 1.448. 969/SC pelo Superior Tribunal de Justiça. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 13, p. 1-24, 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/5/1>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Primeiras Impressões sobre o provimento 83 do CNJ.** IBDFAM, ago. 2019. Disponível em:

[https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%20832019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%AAs.pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%20832019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%AAs.pdf). Acesso em: 19 mar. 2022.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. V. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Adoção de neto por avós ante a identificação do vínculo socioafetivo**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/12836/Ado%C3%A7%C3%A3o+de+neto+por+av%C3%B3s+ante+a+identifica%C3%A7%C3%A3o+do+v%C3%ADnculo+socioafetivo>. Acesso em: 20 mar. 2022.

LIRA, Wladimir Paes. **Em “situação excepcional”, STJ autoriza adoção avoenga**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Publicado em: 11 mar. 2020. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/7182/Em+%E2%80%9Csitua%C3%A7%C3%A3o+excepcional%E2%80%9D,+STJ+autoriza+ado%C3%A7%C3%A3o+avoenga>. Acesso em: 20 mar. 2022.

LOBO, Paulo. **Transformações jurídicas da família no Brasil**. Genjurídico, fev. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/12/transformacoes-juridicas-familia-brasil/>. Acesso em: 15 jan. 2022.

LOBO, Leticia Rita Batista. **A possibilidade de adoção avoenga em casos excepcionais frente ao princípio da afetividade**. 2021. 14 p. Centro Universitário Faculdade dos Guararapes, Guanambi, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13305/1/TCC%20II%20-%20%28DEP%c3%93SITO%20FINAL%29%20LETICIA%20RITA%20BATISTA%20LOBO.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2022.

MELO, Giani Lucas Freitas. **A (im)possibilidade de adoção dos netos pelos avós: o afeto como valor jurídico**. 2018, 50 pag. Graduação – Direito. Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, 2018. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/15197>. Acesso em: 10 mar. 2022.

MOREIRA, Silvana do Monte. **Avós ganham direito de adotar o neto**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Publicado em: 05 nov. 2014. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5475/Avós+ganham+direito+de+adotar+o+neto>. Acesso em: 10 Jan. 2022.



PAIANO, Daniela Braga. **O Direito de filiação nas famílias contemporâneas**. 2016, 292 p. Tese (doutorado) - Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29072016-174709/publico/Daniela\\_braga\\_paiano\\_integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29072016-174709/publico/Daniela_braga_paiano_integral.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.

PEREIRA, Marco Túlio Pettinato. **O idoso e o papel da família**. São Paulo, 2009. Disponível em: <pt.slideshare.net/geriatric/o-idoso-e-o-papel-da-familia-15726861#>. Acesso em: 15 de abr. de 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 578.

PEREIRA, Tania. **Adoção**. In: MADALENO, R.; PEREIRA, R. de (Org.). **Direito de Família. Processo, teoria e prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 143-171.

ROSA, Conrado Paulino. **Direito de família contemporâneo**. 7ª ed. Salvador: juPODIVM, 2020.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: risco e possibilidades**. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.267-302. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 15 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de família**. In: Revista atualizada e ampliada. v. 5. 12. ed. Editora forense Ltda, 2017.

TELLES, Andréa Mara Theodósio. **A adoção enquanto construção do cuidado e da proteção**. 2019. 56 p. Graduação – Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/199211/Andr%c3%a9a%20Mara%20Theod%c3%b3sio%20Telles.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2022.