

## A ADOÇÃO POR AVÓS: VEDAÇÃO DO ARTIGO 42 §1º DO ECA

Fernanda Raquel Cogo Nascimento<sup>5</sup>  
Karine Barbosa de Oliveira<sup>6</sup>

**Resumo:** A adoção é um instituto jurídico previsto na legislação brasileira, que entre suas disposições, veda que esta seja feita por avós. Diante do exposto, buscou-se levantar o entendimento da doutrina e jurisprudência, em razão da realidade de tantas famílias que possuem avós exercendo papéis de pais e sendo tratados como tal. Por meio de pesquisa bibliográfica, ficou exposto que o cabível em tais situações são os procedimentos de guarda e tutela.

**Palavras-chave:** Adoção. Avós. Netos. ECA. Legislação.

**Abstract:** Adoption is a legal institution provided by the Brazilian Law, among its provisions, forbids this from being done by grandparents. Provided that, it has the aim to raise the understanding of doctrine and jurisprudence, due to the reality of so many families who have grandparents playing parental roles and being treated as such. Through bibliographical research, it was exposed that what is appropriate in such situations are custody and guardianship procedures.

**Key-words:** Adoption. Grandparentes. ECA. Legislation.

### INTRODUÇÃO

A adoção é um instituto jurídico previsto e regulado pela Constituição Federal, Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre o rol de suas proibições, está a adoção por ascendente, proibição esta que se contrapõe a realidade fática de várias famílias. Indaga-se qual o melhor instituto processual jurídico que adequa tais indivíduos, já que a prática demonstra o acolhimento e exercício da paternidade por estes avós. Os levantamentos bibliográficos auxiliam na dissolução da problemática.

### DESENVOLVIMENTO

A adoção se caracteriza como um ato de inclusão da pessoa a uma nova família, definição esta que possui divergências entre autores. Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.329) define como “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. Pontes de Miranda (apud Gonçalves, 2009, p.329) delimita a adoção como “o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”. A dissensão reside na relação pré-existente entre as partes da perfilhação, nas quais alguns doutrinadores não consideram a relação afetiva anterior ao ato jurídico.

Na legislação brasileira, a adoção é tratada no Código Civil como causa de extinção de poder familiar, remetendo os procedimentos necessários para regulamentação para o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 39 inicia uma subseção sobre o tema. O ECA institui como irrevogável a adoção, além desta ser objeto de constituição de vínculo

<sup>5</sup> Graduada em Direito na Universidade do Vale do Itajaí, advogada bolsista no NEDDIJ – Londrina/PR - adv.fernandanascimento@gmail.com

<sup>6</sup> Graduanda do curso de Direito, da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista no projeto NEDDIJ – Londrina/PR – k.barbosa01@gmail.com

de filiação com a mesma finalidade e direitos dos filhos não-adotados. A Constituição Federal preconiza como fundamento, no artigo 227, §5, que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, além de reiterar no parágrafo seguinte que os filhos adotados possuem os mesmos direitos e qualificações que os filhos biológicos dispõem.

As condições para adoção estão listados no artigo 165 do ECA, que entre os cinco requisitos, no inciso II, elenca “indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo”. Tal disposição visa resguardar o melhor interesse do menor, respeitando que seu desenvolvimento seja permeado por indivíduos do seu meio e que já possuam algum vínculo afetivo.

No entanto, torna-se questionável para um indivíduo com baixo conhecimento acerca da legislação quando deparado com o dispositivo do §1º do artigo 42 da Lei 8.069/1990, que estabelece que “não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. No mundo fático, a realidade de alguns indivíduos demonstra que ainda que involuntariamente, os avós tornam-se responsáveis desde muito cedo pelos netos, ficando estabelecida uma relação de paternidade, reiterada pelos infantes que os invocam como pai ou mãe.

Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p.264) defende que o intento do legislador nesta proibição é de não gerar confusão e inversões nas relações de parentesco, ainda que o artigo 4º do ECA estabeleça que a guarda seja exercida pela família. Nas ocasiões de ausência definitiva dos genitores, o costume normaliza que os menores sejam entregues aos indivíduos com maior proximidade familiar, como avós e irmãos, o que não se configura exatamente como um exercício de adoção.

Ildeara de Amorim Digiácomo e Murilo José Digiácomo (2013, p. 47) argumentam que:

O deferimento da adoção aos ascendentes e irmãos do adotando não lhe traria qualquer vantagem (...) podendo em contrapartida lhe trazer prejuízos, seja devido à “confusão” decorrente da transformação de avós e irmãos em “pais”, seja em razão da perda dos direitos sucessórios em relação a seus pais biológicos.

Nesta mesma obra, os autores defendem que nestas situações, o cabível seria a tutela ou guarda dos menores aos avós, o que conseqüentemente não inferiria na perda do poder familiar dos pais biológicos, que em alguns casos, podem recorrer ou ainda são passíveis da recuperação dos cuidados dos seus filhos.

O tumulto e confusão nas relações familiares é o ponto central de defesa de Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p.264) em relação ao §1º artigo 42 do ECA. A conversão de tios em irmãos, pais em irmãos, primos em tios causaria tamanha confusão para o menor, que estaria com sua base desordenada, motivo pelo qual o legislador inseriu a prerrogativa. O autor também menciona outras razões pelo impedimento da adoção de netos por avós.

Esta proibição é uma forma de não alterar as relações de afeto existentes no seio familiar. A situação artificial que seria trazida pela adoção realizada pelos avós ou irmãos tumultuaria a família, trazendo um desequilíbrio às suas sadias relações. Existindo afeto entre os membros da família, não será a permissão da adoção que fará com que este sentimento se torne mais forte.

Bordallo (2011, p.264) ainda menciona que existe intento por parte de alguns avós em reduzir a quota sucessória de seus herdeiros, justificando a adoção do neto. Isto seria uma das motivações do legislador ao estabelecer a negativa, motivação esta de prevenir possíveis fraudes no quesito patrimonial, segundo autoras como Adriana Kruchin Hirschfeld (2005, p.07), que afirmam haver uma contradição entre o artigo 6º do ECA (“Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”) e o artigo 42 deste mesmo

dispositivo. Hirschfeld expõe que se o ordenamento busca resguardar o melhor interesse da criança torna-se questionável impedir que seus avós possam adotá-la.

É certo que a jurisprudência pátria acolhe a interpretação do Estatuto, existindo diversas decisões proibindo que progenitores adotem seus netos. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é um dos Tribunais que já proferiu entendimento sobre a matéria.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO PÓSTUMA POR ASCENDENTE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL PREVISTA NO ART. 42, § 1º, DO ECA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA NA SENTENÇA E CONFIRMADA. PRECEDENTES. APELO DESPROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70056272958, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 26/03/2014)

É visível a concordância existente entre legislação, doutrina e jurisprudência acerca da proibição da adoção por avós, sendo expressamente vedada tal prática. No entanto, a realidade fática mostra-se divergente: existem milhares de famílias em que os indivíduos considerados como pais são ascendentes destes menores, em razão da ausência dos seus genitores. Tal consideração é acompanhada de um “exercício de paternidade”, onde estes avós atuam na manutenção do provimento material, psicológico, são apresentados como tal, invocados como pai ou mãe, etc.

Ainda que a proibição não altere a realidade fática, que vai além de cuidado de adulto para um menor, sendo aquele considerado como um pai legítimo, o impedimento dificulta a questão sucessória para aqueles que são estimados como filho, tendo direitos assim como aqueles que são descendentes biológicos. Esta questão se assemelha com o dispositivo do ECA que garante aos adotados o mesmo zelo e garantias asseguradas aos filhos não adotados.

De fato em tais situações admitem que lhe seja movida ações como guarda e tutela, ações estas que conferem poderes de responsabilidade aos infantes. É cabível que haja maior disseminação acerca destes institutos jurídicos, a fim de esclarecer as partes que vivenciam tal realidade e que estas possam regulamentar o seu exercício de responsabilidade.

## CONCLUSÃO

Adotar é um ato de incluir no núcleo familiar um ente que começa exercer o papel de filho, ainda que não possua laços sanguíneos que configurem como tal. A Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentam tal questão e vedam que avós adotem seus netos, que, segundo a doutrina, a proibição visa evitar a confusão dos laços familiares do menor. A jurisprudência concorda com a legislação e em sua maioria, proíbe tal perfilhação. De certo que a realidade não acompanha o que estes três entes predispõem, onde ainda que os adultos só tenham poderes de guarda e tutela, são considerados como pais pelos menores, devendo assim possuir os mesmos direitos dos filhos biológicos e adotados de fato. Faz-se necessário maior difusão dos processos jurídicos disponíveis para tais casos, a fim de resguardar os direitos de responsabilidade perante os infantes.

## REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

DIAGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado.** 6. ed. Curitiba: 2013.

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

HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção por avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes Temas da Atualidade – Adoção.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.