

FAMÍLIA EXTENSA OU ADOÇÃO: CRITÉRIOS PARA A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS PROCESSOS DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

EXTENDED FAMILY OR ADOPTION: CRITERIA FOR THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE PROCESSES OF SUBSTITUTE FAMILY PLACEMENT

FAMILIA AMPLIADA O ADOPCIÓN: CRITERIOS PARA LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE COLOCACIÓN EN LA FAMILIA SUSTITUTA

VANESSA RIBEIRO CORRÊA SAMPAIO SOUZA

<https://orcid.org/0000-0002-6206-5083> / <http://lattes.cnpq.br/9614259206609405> / vanessarcss@yahoo.com.br
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ.
Três Rios, RJ - Brasil.

MANOELA GOMES FERNANDES

<http://orcid.org/0000-0002-4583-1882> / <http://lattes.cnpq.br/3741447627670321> / manoela_gf@hotmail.com
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ.
Três Rios, RJ - Brasil.

RESUMO

A Lei nº 8.069/90, ao tratar de aspecto do direito à convivência familiar, institui ordem que privilegia a família extensa em detrimento do vínculo adotivo. Evidencia-se, assim, que o Estatuto ainda prioriza os vínculos biológicos, embora a afetividade tenha se constituído como um importante valor no direito de família contemporâneo. Faz-se necessário, portanto, indagar se a referida hierarquia familiar normativa realiza o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente diante da necessidade de aplicação da lei a partir de uma interpretação que considere a unidade constitucional como seu viés condutor. Verificadas as circunstâncias que caracterizam a vida relacional do infante e constatando-se que a manutenção dos vínculos biológicos não representa o seu melhor interesse, coloca-se a necessidade de relativizar a legislação. Diante disso, o presente trabalho objetiva analisar, empregando o método dedutivo e a técnica de pesquisa documental e teórica, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a flexibilização do cumprimento da regra que estabelece a preferência pela família extensa.

Palavras-chave: Adoção; Afetividade; Família Extensa; Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The Law n. 8.069/90, when dealing with an aspect of the right to live in a family, establishes an order that privileges the extended family to the detriment of the adoptive bond. Thus, it is evident that the Statute still prioritizes biological bonds even though affectivity has become an important value in contemporary family law. Therefore, inquiring if this normative family hierarchy fulfills the principle of the best interest of the child is important, since it is necessary to apply the law based on an interpretation that considers constitutional unity as the guideline. Verifying the circumstances of the child's relational life and realizing that the maintenance of the biological bonds does not

represent his or her best interest, it becomes perceptible the need to relativize the legislation. Using the deductive method and the technique of documentary and theoretical research, the present study aims to analyze the application of the principle of the best interest of the child and the flexibilization of the fulfillment of the rule that establishes the preference for the extended family.

Keywords: Adoption; Affectivity; Extended Family; Principle of the Best Interest of the Child.

RESUMEN

La Ley nº 8.069/90, cuando trata de un aspecto del derecho a la convivencia familiar, establece un orden que favorece a la familia ampliada, en detrimento del vínculo adoptivo. Por lo tanto, es evidente que el Estatuto sigue dando prioridad a los enlaces biológicos, aunque la afectividad se ha convertido en un valor importante en el derecho de familia contemporáneo. Por lo tanto, es necesario cuestionar si esta jerarquía familiar normativa cumple con el principio del interés superior del niño ante la necesidad de aplicar la ley basada en una interpretación que considera la unidad constitucional como directriz. Delante de las circunstancias que caracterizan la vida relacional del niño y notando que el mantenimiento de los enlaces biológicos no representa su interés superior, surge la necesidad de relativizar la legislación. Así, utilizando el método deductivo y la técnica de investigación documental y teórica, el presente estudio tiene como objetivo analizar la aplicación del principio del interés superior del niño y la relajación del cumplimiento de la norma que establece la preferencia de la familia ampliada.

Palabras clave: Adopción; Afectividad; Familia Ampliada; Principio del Interés Superior del Niño.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 OS VÍNCULOS DE FILIAÇÃO E A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA; 2 ADOÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR; 3 O EXERCÍCIO INADEQUADO DA CONVIVÊNCIA E A PERDA DO PODER FAMILIAR; 4 A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE NA FAMÍLIA EXTENSA; 5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PARA FINS DE ADOÇÃO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova realidade em toda a organização jurídico-normativa, em especial no direito de família e no direito da criança e do adolescente, sobretudo no tratamento das relações entretidas entre pais e filhos. O texto constitucional apresentou uma axiologia preocupada com os aspectos existenciais, estabeleceu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e, implicitamente, em vários dispositivos, acolheu a afetividade. O artigo 227 da Constituição é considerado o dispositivo que traz a positivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que reafirma a sua preocupação com a proteção da pessoa, sobretudo daquela que se encontra em desenvolvimento.

Novo conceito de vínculo familiar, qualificado agora como unidade instrumental, foi constitucionalmente estabelecido, privilegiada a busca pela realização existencial de seus

membros. Além disso, a dimensão afetiva das relações de família torna-se também central, trazendo para o cenário jurídico uma discussão capaz de pôr em risco a preponderância outrora conferida ao vínculo biológico. Com a evolução da doutrina e da jurisprudência nacionais, a filiação socioafetiva passou a ter reconhecimento, de modo que se tornou imprescindível a consideração da afetividade nas relações traçadas entre pais e filhos, pois, somente dessa forma é possível alcançar, em muitos casos, a integral proteção dos vulneráveis envolvidos nos conflitos decorrentes das situações jurídicas sobre a filiação.

Embora a afetividade seja um valor essencial para o direito de família contemporaneamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prioriza a consanguinidade. Com o intuito de proteger o direito à convivência familiar dos infantes, o Estatuto utiliza critérios biológicos para determinar onde, preferencialmente, as crianças e os adolescentes devem crescer e ser criados. Na ordem estabelecida pela Lei nº 8.069/90, tem preferência a família natural, depois a família extensa e, em seguida, a família substituta.

Ocorre que o deslinde dos processos de destituição familiar, que decidem o futuro de crianças ou adolescentes cujos pais deixaram de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, pode levar anos, principalmente se houver tentativas exaustivas de cumprimento da ordem de preferência prevista pela legislação infraconstitucional. O tempo, assim como outras circunstâncias, pode indicar que o cumprimento da ordem de preferência vai na contramão dos interesses dos infantes.

Diante dessa problemática, o presente trabalho trata, inicialmente, do vínculo de filiação e da mudança de paradigma observada com a consagração da afetividade no direito de família. Em seguida, são estudados os aspectos gerais do instituto da adoção, o direito à convivência familiar e a ordem de preferência prevista na Lei nº 8.069/90.

No terceiro tópico, o trabalho versa sobre os aspectos gerais do poder familiar e a possibilidade de destituição dos pais em razão do descumprimento das obrigações a ele inerentes. Depois, passa-se a uma análise da família extensa, com enfoque no conceito previsto no Estatuto, e das formas de colocação da criança ou do adolescente no seio dessa família, aos cuidados de parentes próximos.

No quinto tópico, estuda-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é a diretriz axiológica para o trato das matérias concernentes aos infantes. Em seguida, através da análise de um caso concreto, aborda-se a melhor forma de aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no processo de destituição do poder familiar quanto à colocação do infante na família extensa. Além disso, propõe-se uma reflexão sobre

como esse princípio e a afetividade promovem o questionamento da previsão de uma ordem de preferência na Lei nº 8.069/90. Busca-se, ao final, encontrar os critérios decisivos para nortear a ponderação dos interesses das crianças e dos adolescentes nos casos concretos, aplicando o princípio e flexibilizando o cumprimento da regra, a fim de atender ao seu melhor interesse.

A metodologia utilizada se baseia em estudos e análises, cuja origem se encontra na pesquisa documental e teórica (análise bibliográfica nacional; estudo da legislação; pesquisa de decisões). O método de abordagem majoritariamente utilizado foi o dedutivo, exceto para a análise do caso concreto, cujo método foi o indutivo.

1 OS VÍNCULOS DE FILIAÇÃO E A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA

As relações de família passaram por modificações profundas a partir da segunda metade do século XX no Brasil e, dentre outras razões já bastante comentadas pelos teóricos, é possível, em alguma parte, devotá-la também ao incremento da consideração jurídica pelo afeto. Para entender essa transformação, é preciso compreender o descompasso entre a realidade social e o modelo codificado, o qual perdurou durante as décadas de vigência da Lei nº 3.071/16.¹

Sobre as transformações sociais, Silvana Maria Carbonera destaca o processo de urbanização ocorrido no século XX, em que ocorreu a industrialização no país e o ingresso da mulher no mercado de trabalho - com o conseqüente aumento de sua esfera de atuação social, política e jurídica. Essas e outras mudanças na sociedade revelaram a insuficiência do modelo legal para atendimento das situações fáticas, tornando-se visíveis as diferenças entre as noções social e jurídica de família.²

Do ponto de vista jurídico, nota-se que, no início do século passado, o direito civil brasileiro colocou o Código³ na centralidade da regulação das questões privadas, tratando da

¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 278.

² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 284.

³ Ensina Gustavo Tepedino que a codificação era caracterizada pelo formalismo positivista: “(...) que por longo tempo reproduziu dogmática pretensamente neutra e contida no sistema codificado, em busca de pureza conceitual, que, a rigor, se mostrava avessa às alterações sociais, insensível aos modelos diversos do paradigma do homem burguês: marido, contratante, proprietário e testador. Os diversos métodos de interpretação assim concebidos eram excludentes e ideologicamente comprometidos com uma única visão de mundo, eurocêntrica e patrimonialista”. TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da

vida dita particular de forma exclusiva, como expõe Ricardo Lucas Calderón. É imprescindível registrar que as disposições codificadas refletiam o interesse da elite brasileira, o que acarretou a desconsideração das necessidades da parcela menos favorecida da população.⁴

Aponta o referido autor que o Código Civil de 1916 seguiu a lógica posta pelo direito moderno e adotou o sujeito de direitos como seu protagonista. Com essa ideia de pessoa abstrata, os direitos pessoais ficavam em segundo plano, prevalecendo a preocupação com a proteção dos direitos patrimoniais.⁵ Quanto ao modelo legal de família, ressalta Silvana Maria Carbonera a presença de um único tipo - oriundo do casamento - caracterizado pela indissolubilidade como regra, ressalvando-se o desquite (alternativa que colocava fim à comunhão de vida sem atingir o vínculo jurídico). Esse modelo era pautado nas noções de patriarcado, hierarquia, matrimonialização, manutenção do vínculo e, ainda, proteção do patrimônio.⁶ Como afirma Pietro Perlingieri, nesse modelo “a categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é’”.⁷

No modelo patriarcal, a tutela da filiação visava a preservar a família enquanto instituição e não proteger seus integrantes.⁸ Heloisa Helena Barboza informa que, conforme o texto original do Código Civil de 1916, a situação jurídica dos pais, notadamente seu estado civil, era determinante do *status* de filho. A paternidade, nessa época, era ficta, jurídica, estabelecida e mantida em nome da paz doméstica.⁹ Foi adotada a distinção entre filhos

Cunha (coord.). **Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias nossas de cada dia.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 12.

⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 228.

⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 228-229.

⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 281. Apesar do formalismo positivista, as transformações sociais afrontaram e transformaram o Direito. Conforme Silvana Maria Carbonera, a formação de uniões estáveis é um exemplo de configuração familiar que foi ignorada pelo Código Civil de 1916 e passou a exigir proteção, mesmo sendo uma família formada à margem da esfera jurídica. O Direito gradualmente curvou-se e demonstrou, por meio da legislação e da jurisprudência, a preocupação com o novo elemento, mesmo que de forma indireta, em princípio. CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 285-286.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 4.

⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 230.

⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 136.

legítimos e filhos ilegítimos¹⁰, e a definição da paternidade com base nas presunções, especialmente a *pater ist est quem nuptia demonstrant*.¹¹ Além disso, era vedada a averiguação de paternidade extramatrimonial para os filhos incestuosos e adulterinos (artigo 358, Código Civil de 1916). Através de avanços paulatinos, porém, o legislador acabou permitindo o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, até que, em 1988, a Constituição Federal colocou ponto final na situação discriminatória.¹²

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), a Constituição trouxe uma nova realidade jurídica, não só para o direito de família, como salienta Vanessa Sampaio Souza. Para a mesma autora, a partir de então, o direito existente passou a ser, necessariamente, submetido a uma reinterpretação a partir dos princípios e regras previstos no texto constitucional. Dessa forma, o sistema foi readequado, sendo afastadas as disposições normativas e as interpretações que privilegiavam a ótica patrimonialista e discriminatória anterior.¹³

Ressalta Gustavo Tepedino que a Constituição introduziu um novo conceito de família, marcando a alteração paradigmática da unidade formal em torno do casamento à pluralidade instrumental, voltada à realização dos componentes do núcleo familiar.¹⁴ O novo modelo de família que ascendeu com a Constituição de 1988 é totalmente diverso daquele existente na vigência da codificação civil anterior, ensina Ricardo Lucas Calderón, visto que, agora,

¹⁰ “Os filhos ilegítimos distinguem-se em *naturaes* e *espúrios*, subdividindo-se estes em *incestuosos* e *adulterinos*. Incestuosos são aqueles cujos pais são entre si parentes, em grau em que o casamento é proibido. Adulterinos os que procedem de união adúltera. *Naturaes* os que procedem de pessoas, que se podiam casar (*ex soluto et soluta*).” BEVILÁQUA, Clóvis. 1940, p. 770, *apud* CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 230.

¹¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 230-231.

¹² BARBOZA, Heloisa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 136-137. De acordo com o entendimento de Heloisa Helena Barboza, a Lei nº 883 de 1949 e a Lei nº 6.515 de 1977 iniciaram o sepultamento do artigo 358 do Código Civil de 1916 e, depois, a Constituição Federal de 1988 colocou fim à perversa situação discriminatória.

¹³ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 37.

¹⁴ Para o doutrinador, “o Direito de Família, tendo logrado apartar-se do Direito Civil patriarcal e institucional, precisa urgentemente ser entendido na legalidade constitucional, no âmbito da proteção da pessoa humana”. Gustavo Tepedino afirma, também, que “a singularidade do Direito de Família encontra-se justamente na circunstância de lidar com a pessoa humana em seu ambiente de privacidade, sendo a axiologia constitucional aporte indispensável para se construir alicerces seguros de tutela da autonomia existencial”. TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 12-14.

prepondera o afeto, o respeito, a liberdade, a dignidade, a solidariedade e a cooperação. Percebe-se um outro direito de família a partir da hermenêutica civil-constitucional.¹⁵

Segundo o referido autor, os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições. Então, para esse autor, o marco paradigmático do direito brasileiro que confere reconhecimento jurídico à afetividade, implicitamente, é a Constituição Federal de 1988.¹⁶

Nesse novo cenário foi aprovado o Código Civil de 2002, após longa tramitação no Congresso Nacional. Considera-se que o Código avançou em alguns pontos, como na adoção de cláusulas gerais e princípios orientadores, mas há críticas apontando que, em muitos outros aspectos, a novel legislação não correspondeu aos avanços doutrinários de seu tempo.¹⁷

Em alguns aspectos do direito de família, o legislador de 2002 optou por manter um posicionamento conservador, como destaca Ricardo Lucas Calderón, e acabou trazendo algumas dificuldades para seus operadores. Como exemplos, o autor cita o tratamento diferenciado conferido à união estável em relação ao casamento, o não reconhecimento das uniões homoafetivas, a não adoção da afetividade como princípio, entre outros. Todavia, mesmo sem taxar expressamente a afetividade como princípio de direito de família, o Código Civil de 2002 reconhece e confere guarida a diversas relações afetivas em algumas de suas disposições.¹⁸

Importante mencionar, com relação ao advento da Lei nº 10.406/02, que a presunção de paternidade derivada do casamento (*pater ist est*) permaneceu na codificação civil, no artigo 1.597.¹⁹ Desse modo, no direito de família subsiste a paternidade jurídica, fundamental ao modelo patriarcal do Código Civil de 1916, e baseada nas presunções. Todavia, não é mais a forma predominante de determinação da paternidade, tendo em vista que, atualmente, divide espaço com a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva. Quanto à ascensão das concepções de paternidade biológica e socioafetiva, é oportuno fazer alguns apontamentos.

¹⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 239.

¹⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 240-242.

¹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2000, p. 262.

¹⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 247-252. Destaca-se o artigo 1.593, no qual implicitamente o Código reconhece a possibilidade de parentesco afetivo ao admitir parentescos de outra origem. Além desse dispositivo, Ricardo Lucas Calderón considera que há outros no Código que também fazem referência, direta ou indireta, ao afeto ou à afetividade, como os artigos 1.511, 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002.

¹⁹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 58.

Na segunda metade do século XX, de acordo com Heloisa Helena Barboza, dois fatos científicos surgiram e abalaram a estrutura existente a respeito da filiação, tanto na doutrina quanto no direito positivo: i) o avanço e a utilização de técnicas de reprodução assistida; ii) avanço das técnicas de determinação de parentesco através do exame de Ácido Desoxirribonucleico (DNA). Passou a existir um meio científico extremamente eficaz para determinar o genitor, cuja precisão, quase absoluta, impôs a admissão da chamada paternidade biológica, ao lado da paternidade jurídica.²⁰

Após a relativização da preponderância do estabelecimento ficto do vínculo filial, destacou-se uma nova realidade, pautada na relação biológica existente entre pais e filhos, que passou a ser visada uma vez que, em tese, era capaz de alcançar a denominada verdade real quanto ao tema da paternidade.²¹ Mas, não tardou para que a nova modalidade fosse questionada, como aduz Heloisa Helena Barboza, em especial diante do emprego das técnicas de reprodução assistida. O vínculo biológico, que, aparentemente, consistia em um critério tão seguro e adequado, rapidamente passou a ser contestado.²²

Salienta Paulo Luiz Netto Lôbo que o modelo científico é inadequado, haja vista que a certeza da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, pois são outros os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Para o autor, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação.²³

Ainda na perspectiva de contestação da primazia da filiação biológica é imprescindível mencionar o estudo desenvolvido por Guilherme de Oliveira, que demonstrou o paradoxo que se apresentava nesse momento: concomitantemente ao biologismo crescente, passaram a ganhar mais importância os vínculos afetivos. O autor desenvolveu o conceito de verdade sociológica da filiação e pôde concluir que o critério biológico era apenas um dos possíveis, ressaltando, ainda,

²⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 137.

²¹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 62.

²² BARBOZA, Heloisa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 137.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>. Acesso em: 04 abr. 2018.

que não foi sempre o critério utilizado, o que o fez questionar a naturalidade com que o tema era tratado.²⁴

Contemporaneamente, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, “a paternidade socioafetiva é gênero, do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica”.²⁵ Nesse raciocínio, a paternidade envolve a constituição de valores e o desenvolvimento da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, que acontece principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência.²⁶

A parentalidade é um direito-dever construído na relação afetiva, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, em que o pai/a mãe assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação. Nesse sentido, pai/mãe é quem assume esses deveres, ainda que não seja o(a) genitor(a).²⁷ Atualmente, a dimensão afetiva da paternidade é elemento fundamental na revelação do verdadeiro sentido de uma relação de parentesco.²⁸ As noções de paternidade, parentalidade e filiação foram profundamente modificadas com a ascensão da afetividade.²⁹

Conforme ensina Gustavo Tepedino, costuma-se atribuir dois sentidos ao afeto. O primeiro é subjetivo, referindo-se à correspondência afetiva na vida sentimental. Esse sentido do afeto mostra-se irrelevante para o Direito. Por sua vez, a acepção objetiva diz respeito à percepção do zelo e cuidado na vida relacional. A esse sentido objetivo do afeto podem-se

²⁴ OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 436-437, p. XIX-XXIII.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 13.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IMDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 13.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IMDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 13.

²⁸ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 80-81.

²⁹ Um dos precursores na crítica doutrinária brasileira ao critério biológico foi João Baptista Villela, que desenvolveu estudos na década de 70 no Brasil. O autor sustentou expressamente que o parentesco não restava restrito a uma questão meramente biológica, pois a paternidade não é um fato da natureza, mas um fato cultural. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Rev. Fac. Direito UFMG**. Belo Horizonte, v. 27, n. 21, 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 27 jul. 2019, p. 401.

associar deveres, não decorrentes do sentimento, mas da lei, ou do ofício de direito privado (autoridade parental) imposto aos pais.³⁰

Entende Paulo Luiz Netto Lôbo que a afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, uma vez que a afetividade pode ser presumida quando o afeto faltar na realidade das relações. O autor considera que a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes, em relação a seus pais, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. Segundo ele, o dever jurídico da afetividade na filiação apenas deixa de existir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda da autoridade parental. Para Paulo Luiz Netto Lôbo é inapreensível pelo Direito a compreensão abrangente da afetividade, como é tida em outras áreas da ciência, pois o Direito opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.³¹

Não destoando dos pensamentos anteriores, Ricardo Lucas Calderón propõe a distinção entre duas dimensões da afetividade: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva estaria vinculada ao psíquico de cada pessoa, ao afeto em si e, portanto, não interessaria ao Direito. Essa dimensão, do ponto de vista jurídico, resta implícita sempre que presente a dimensão objetiva que, por sua vez, envolve fatos da realidade concreta que permitem a constatação de uma manifestação da afetividade. Em se tratando da dimensão objetiva, quando presentes os fatos indicativos, seria possível constatar, desde logo, a afetividade. Sendo assim, o Direito não estaria regulando sentimentos, mas tão somente valorando fatos representativos tidos como relevantes para o ordenamento.³² Diante do exposto, observa-se que, apesar dos diferentes termos, há uma concordância de que ao Direito cumpre apurar os aspectos objetivos relativos ao afeto ou à afetividade na relação de filiação, não cabendo a análise e a regulação de sentimentos.

Necessário registrar que alguns autores defendem a existência do princípio da afetividade, o qual não foi inserido na legislação brasileira expressamente. Paulo Luiz Netto Lôbo e Ricardo Lucas Calderón têm esse entendimento, assim como outros autores.³³

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias nossas de cada dia*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 15.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IMDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 09.

³² CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 321-322.

³³ É possível, atualmente, observar três principais correntes doutrinárias no tocante à afetividade: “a primeira sustenta expressamente a afetividade como princípio jurídico do direito de família, a segunda reconhece a importância do afeto para a família, mas o restringe à categoria de valor relevante (sem

Após discorrer sobre a afetividade, Ricardo Lucas Calderón empenha-se em encontrar um significado para o termo socioafetividade. Conforme o autor, o termo significa fato jurídico refletor da manifestação social da afetividade (na dimensão objetiva). Então, “sempre que externados publicamente fatos identificadores da afetividade, resta caracterizada a socioafetividade”.³⁴

Paulo Luiz Netto Lôbo ensina que a socioafetividade é composta por duas realidades: a) a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; b) a relação afetiva tecida no tempo, entre os que assumem papéis de pais e aquele que assume papel de filho. Afirma o autor que cada uma dessas realidades, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do Direito, que o assimilou como categoria própria.³⁵

A filiação socioafetiva, por sua vez, manifesta-se pelo reconhecimento da posse de estado de filho³⁶, sendo, dessa forma, considerada como modalidade de parentesco civil de “outra origem” (artigo 1.593, Código Civil), como expõe Maria Berenice Dias. A autora afirma que a noção de posse de estado não se estabelece com o nascimento, mas por ato de vontade que se sedimenta no terreno da afetividade. Desse modo, percebe-se que o parentesco civil não deriva apenas da adoção, mas decorre de qualquer outra origem que não seja a biológica, incluindo a inseminação artificial heteróloga e a posse de estado de filho.³⁷

Existem alguns dispositivos no ordenamento pátrio que constituem fundamento jurídico da filiação socioafetiva. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o Código Civil traz as seguintes referências da opção pelo paradigma da filiação socioafetiva: artigo 1.593, artigo 1.596,

qualificá-lo como princípio); e a terceira repele explicitamente a perspectiva principiológica no trato da afetividade e argumenta, ainda, que o afeto não deve ser objeto do Direito.” CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 289.

³⁴ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 322.

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IMDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 13.

³⁶ A trilogia clássica dos elementos necessários para a configuração da posse de estado de filho é: *nomen* (ou *nominatio*), *tractatus* e fama (ou *reputatio*), como indica Luiz Edson Fachin. O autor aponta que estes são considerados os principais elementos formadores do conceito, no entanto, sob uma perspectiva menos formalista, a presença dos três elementos juntos nem sempre é necessária, tendo em vista que outros fatos podem preencher seu conteúdo na falta de algum deles. FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.68-69.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 398, p. 428-429.

artigo 1.597, V, artigo 1.605, *caput* e inciso II, artigo 1.614.³⁸ Na mesma lógica, Rolf Madaleno destaca os artigos 1.603 e 1.604 do Código Civil.³⁹

2 ADOÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

No tocante ao instituto da adoção, é imprescindível analisar alguns dos seus aspectos básicos. Os maiores de 18 anos podem adotar, independentemente do estado civil (artigo 42, ECA). Porém, não podem adotar os ascendentes e irmãos do adotando, além de ser necessária uma diferença de 16 anos entre a idade do adotante e do adotado (§§1º e 3º do artigo 42, ECA). Para habilitarem-se à adoção, além dos requisitos mencionados, os postulantes devem observar as outras exigências previstas no Estatuto, especialmente as dispostas nos artigos 197-A a 197-F.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. Todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fictio iuris*.”⁴⁰

A adoção constitui um parentesco eletivo, tendo em vista que decorre, exclusivamente, de um ato de vontade⁴¹. Trata-se de modalidade de filiação que consagra a paternidade socioafetiva, não se baseando em fator biológico, mas sim em fator sociológico.⁴² Caio Mário da Silva Pereira ensina que, a partir da Constituição Federal de 1988, esse vínculo de filiação socioafetiva passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial. Essa exigência é prevista expressamente pelo ECA, no artigo 47, com relação aos menores de 18 anos.⁴³

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IMDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 14-15.

³⁹ MADALENO, Rolf. 2000, p. 374, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol. V*. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 428.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol. V*. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 470.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 511.

⁴² VELOSO, Zeno. 1997, p. 160, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 511.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol. V*. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 470.

A adoção estabelece a relação de parentesco entre o adotado e toda a família do adotante,⁴⁴ de modo a atribuir “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” (artigo 41, ECA).⁴⁵ Conforme enfatiza Heloisa Helena Barboza, não resta qualquer outro efeito jurídico, pessoal ou patrimonial do vínculo de consanguinidade.⁴⁶

Paulo Luiz Netto Lôbo ensina que, no Brasil, até a Constituição Federal de 1988, perdurou o princípio da desigualdade e da nítida distinção entre filho legítimo e filho adotivo, que acabava não se integrando totalmente à família adotante.⁴⁷ No entanto, o instituto da adoção adquiriu novos contornos com a Constituição Federal, deixando de comportar o caráter contratualista do passado e devendo, na atualidade, ser necessariamente assistida pelo Poder Público.⁴⁸ Maria Berenice Dias evidencia que a acepção constitucional desprivilegia a vontade e o interesse dos adultos, convertendo a adoção em um instituto que busca uma família para a criança ou o adolescente. Desse modo, mostra-se superada a concepção tradicional, na qual buscava-se uma criança para uma família.⁴⁹

A adoção se relaciona diretamente ao afeto e à afetividade, sendo o sentimento de amor e afeto entre pais e filho presumido e existindo o dever de cuidado, zelo e preocupação, numa perspectiva objetiva e apreensível pelo Direito. Ademais, dentre os deveres da família está o de

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 512.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁴⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. 2002, p. 383, *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 512.

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, “a adoção, na atualidade, assumiu força inusitada, desmentindo os que prenunciavam seu fenecimento ou irrelevância. Feneceu a adoção concebida como negócio, substituída gradativamente, máxime no final do século XX, pela adoção plena, com integração final do filho na nova família, estimulada por convenções internacionais, como a Convenção sobre Direitos da Criança, de 1990, a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção Internacional, de 1984, e a Convenção relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, todas promulgadas no Brasil”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. V**. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 470-473. O autor analisa, em sua obra, os entendimentos doutrinários acerca da natureza jurídica da adoção antes da Constituição de 1988 e, entre eles, encontra-se a doutrina que considerava a bilateralidade da adoção como um contrato.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 511.

assegurar o direito à convivência familiar da criança e do adolescente.⁵⁰ Entende-se que a adoção tem papel relevante na efetivação desse direito fundamental dos infantes, em que pese a previsão do ECA de que a adoção é medida excepcional.⁵¹

Mostra-se essencial, portanto, analisar o direito à convivência familiar, cuja proteção pode ser efetivada por meio da adoção, como medida preferencial à institucionalização. Conforme Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, a convivência familiar é um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e adolescente. Para a mesma autora, ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o infante estar integrado em um núcleo de proteção, respeito e amor.⁵² Oportuno, também, observar as palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira:

O Direito à Convivência Familiar foi pensado para assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à proximidade física geradora de uma ambiência apta a propiciar a criação e manutenção de vínculos afetivos saudáveis e necessários ao seu desenvolvimento, em especial os laços familiares. Assim, rompe com a cultura de institucionalização, marca do antigo Direito do Menor, e reforça seu novo status de sujeitos de direitos fundamentais e pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.⁵³

Para os mesmos autores, o direito à convivência familiar deve ser compreendido como um direito de toda população infantojuvenil à formação e manutenção de vínculos, o qual assegura que as crianças e os adolescentes façam parte de uma família. É necessário que os infantes sintam que pertencem ao núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e

⁵⁰ O artigo 227 do texto constitucional determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros direitos fundamentais, o direito à convivência familiar.

⁵¹ Artigo 19, ECA - É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁵² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 144.

⁵³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 02.

dos rituais da família, devendo, também, haver o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e à sua autonomia.⁵⁴

Os autores afirmam que Nelson Nery Júnior e Martha Machado, trabalhando com o texto original do ECA, identificaram a ordem de preferência prevista na legislação e, com base nela, idealizaram o direito à convivência familiar como uma estrutura valorativa em forma de pirâmide dividida em cinco partes.⁵⁵

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira, essa estrutura piramidal foi ampliada com o advento da Lei nº 12.010/09 (Lei Nacional de Adoção) e passou a ter sete degraus. Na base da pirâmide está a família natural, composta pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (artigo 25, ECA). Apenas quando for impossível manter a criança nessa família é que se permite avançar para o segundo patamar.⁵⁶ No segundo degrau da pirâmide se encontra a família extensa, nos moldes do parágrafo único no artigo 25 do ECA. Com o advento da Lei de Adoção, a ideia até então consolidada de família extensa foi alterada, de modo que passou a exigir não só o vínculo de parentesco, mas também o liame de convivência, de afinidade e afetividade.⁵⁷

No terceiro patamar da pirâmide está a família substituta nacional vinculada, conforme apontam Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira. Essa espécie de colocação em família substituta ocorre em conformidade com o artigo 28 do ECA, por meio da guarda, tutela e adoção pelos parentes da criança. Os autores afirmam:

⁵⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 19.

⁵⁵ A estrutura identifica a ordem de preferência prevista na legislação acerca de onde a criança deve crescer e ser criada. NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal*. Disponível em: www.jij.tj.rs.gov.br, *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 20-21.

⁵⁶ O artigo 19, §3º do ECA prevê que a manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente em sua família tem preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que esta será incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção.

⁵⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 19-23.

Como já dito, só se considera família extensa quando presentes três requisitos: 1) parentesco próximo; 2) convivência; e 3) vínculos de afetividade e afinidade. Ausente qualquer uma das três condicionantes, estar-se-á diante não de família ampliada, mas de uma família substituta que, em razão dos laços existentes, possui, em tese, preferência em relação às pessoas que não os tem.⁵⁸

A seguir, no quarto degrau da pirâmide, está a colocação em família substituta não vinculada, como explicitam os mesmos autores. No quinto patamar da pirâmide, encontra-se a colocação em família substituta formada por brasileiros residentes no exterior e, no sexto degrau, a colocação em família substituta estrangeira propriamente dita. No sétimo patamar, posicionado no ápice da pirâmide de preferências, está o acolhimento, o qual pode ser familiar ou institucional. Essa é a medida menos desejável para a efetivação do direito à convivência familiar.⁵⁹

Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira ressaltam que o acolhimento é medida excepcional, que somente deverá ser utilizada quando ultrapassados todos os outros degraus da pirâmide valorativa legal, ou seja, o ordenamento impõe que, efetivamente, tenha havido tentativas de aplicação das outras medidas. Ademais, o acolhimento é temporário, podendo durar o tempo necessário para reorganização da família natural ou, verificando-se a impossibilidade de reinserção, para a colocação em família extensa ou substituta.⁶⁰

No que tange à ordem de preferência estabelecida pelo Estatuto, impõe-se o questionamento sobre a sua capacidade de realizar o melhor interesse da criança e do adolescente. O formato escolhido pelo legislador de proteção ao direito à convivência familiar parece ser rígido demais. O caso concreto pode apresentar peculiaridades que exigem do magistrado uma atuação mais pragmática, observando diversos outros critérios que ultrapassam a proposta da delimitação estatutária, como, por exemplo, o interesse da família biológica em criar e educar o infante e a existência das condições básicas para o desenvolvimento da criança ou do adolescente.

⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 25.

⁵⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 26-27.

⁶⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 27-28.

Ademais, é importante que o julgador tenha a possibilidade de ponderar para identificar qual medida é adequada à luz da axiologia constitucional. A manutenção na família de origem não pode ser encarada como garantia absoluta de bem-estar da criança e do adolescente e, invariavelmente, como a melhor maneira de proteger o seu direito à convivência familiar, em desprestígio à família substituta formada pelo vínculo adotivo.

3 O EXERCÍCIO INADEQUADO DA CONVIVÊNCIA E A PERDA DO PODER FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 226, §5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”⁶¹, de modo que o poder familiar é desempenhado por ambos quanto aos filhos comuns. Outrossim, o ECA, no artigo 21, estabelece o exercício do poder familiar em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe.

Conforme destaca Maria Berenice Dias, o Estatuto acompanhou a evolução das relações familiares, trazendo uma concepção de poder familiar pautada na proteção dos filhos e distante do sentido de dominação, de forma que sobressaem os deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos, em detrimento dos direitos sobre eles.⁶² Contrariamente à antiga concepção de subordinação, a nova estrutura familiar consagra a doutrina jurídica da proteção integral da criança e do adolescente e é caracterizada, essencialmente, pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, sendo estes últimos reconhecidos como sujeitos de direitos e pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.⁶³

Após o advento da Constituição Federal de 1988, Caio Mário da Silva Pereira conceituou poder familiar⁶⁴ como “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho,

⁶¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 487.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. V**. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 519.

⁶⁴ Um ponto que suscita críticas dos doutrinadores diz respeito ao termo poder familiar, existindo defensores da terminologia autoridade parental ou responsabilidade parental como mais adequados para traduzir a maior carga de deveres que poderes com relação ao filho. Dentre os doutrinadores que defendem outras terminologias estão Maria Berenice Dias, Sílvio Rodrigues, Paulo Luiz Netto Lôbo e Ana Carolina Brochado Teixeira. Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 487.

exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições”.⁶⁵ Sobre esse conceito, atualmente, é oportuno enfatizar a noção de poder-função ou direito-dever que possuem os pais, com o objetivo de reforçar a perspectiva de que a atuação dos pais tem vistas à proteção dos interesses dos filhos, em oposição à ideia de dominação.⁶⁶

Desse modo, sendo o poder familiar um instituto de proteção e defesa da pessoa e dos bens do filho, evidenciam-se dois aspectos do seu exercício: o existencial e o patrimonial.⁶⁷ Para o presente trabalho, é importante comentar acerca do aspecto existencial do poder familiar, o qual está previsto no Código Civil, por meio dos deveres elencados em seu artigo 1.634. No exercício do poder familiar, os pais devem observar os deveres previstos no Código Civil, no ECA, especialmente no artigo 22, e na Constituição Federal de 1988. Do texto constitucional, ressalta-se as determinações do *caput* do artigo 227 e do *caput* do artigo 229.

O não cumprimento das obrigações inerentes ao poder familiar previstas no ordenamento jurídico pode ensejar a sua suspensão ou perda. Segundo Maria Berenice Dias, o Estado pode intervir no espaço familiar em defesa dos filhos menores, pois “dispõe do direito de fiscalizar o adimplemento dos deveres decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-lo e até excluí-lo quando um ou ambos (os pais) mantêm comportamento que possa prejudicar o filho”.⁶⁸

Conforme a referida autora, a suspensão do poder familiar é medida menos grave, temporária e sujeita a revisão. A perda do poder familiar, por sua vez, é uma sanção mais grave, imposta por sentença judicial e o rol exemplificativo de hipóteses que a autoriza está elencado no artigo 1.638 do Código Civil.⁶⁹ Ademais, o ECA, no artigo 23, §2º, prevê outra causa de perda.⁷⁰

A perda do poder familiar por ato judicial leva à extinção do poder familiar, de acordo com o artigo 1.638 c/c artigo 1.635, inciso V, ambos do Código Civil. Em caso de inobservância dos deveres inerentes ao poder familiar, poderá o Ministério Público ou quem tenha legítimo

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol. V*. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 518.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 487-488.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol. V*. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 525.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 496.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 497-498.

⁷⁰ Oportuno mencionar que o artigo 1.638 do Código Civil sofreu alterações significativas recentemente, realizadas pela Lei nº 13.509, de 2017 e pela Lei nº 13.715, de 2018. O artigo 23, §2º, ECA também teve sua redação alterada pela Lei nº 13.715, de 2018.

interesse apresentar pedido judicial de suspensão ou destituição (artigo 155, ECA). Isso significa que, incorrendo nas hipóteses de perda do poder familiar, os pais poderão ser destituídos por meio de decisão judicial.

Determina o ECA, no artigo 24, que a perda do poder familiar é decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil e na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações estabelecidos no artigo 22. Tal procedimento tem seu trâmite regulado nos artigos 155 a 163 do ECA.⁷¹ Para fins de adoção, exige-se a manifestação de vontade dos pais biológicos no sentido da entrega do filho para adoção ou, caso inexistir essa declaração, mas se verifique a impossibilidade de restabelecimento do convívio, impõe-se a destituição do vínculo.

Conforme ensina Maria Berenice Dias, a jurisprudência vem admitindo a cumulação das ações de destituição do poder familiar e de adoção. Vale pontuar que, para a autora, a ausência de pedido expresso de destituição não provoca a extinção da ação de adoção, pois entende-se o pedido como implícito, tendo em vista que a destituição é um efeito da sentença concessiva da adoção. A autora ainda informa que, durante a tramitação da demanda de destituição, as crianças e os adolescentes ficam acolhidos ou são colocados em famílias substitutas.⁷²

Faz-se necessário registrar que o processo de destituição do poder familiar pode levar anos para ser concluído. A demora para o processamento da ação é causada, entre outros motivos, pela busca prolongada de parentes que possam aceitar a guarda do infante. Nesse cenário, somente depois de passados muitos anos é que alguns desses infantes estarão aptos à adoção. Maria Berenice Dias lamenta a morosidade da tramitação das ações e afirma que se tenta, de forma exaustiva, e, muitas vezes, injustificada, a manutenção do vínculo familiar.⁷³

Em sua crítica, a autora aponta que, devido à demora no deslinde do processo, uma criança deixa de ser criança, tornando-se basicamente "inadotável". Isso porque, geralmente, os candidatos à adoção interessam-se pelas crianças mais novas. A omissão do Estado e a

⁷¹ Quanto ao prazo para a conclusão do processo, pertinente observar o que aduz Maria Berenice Dias: "o prazo máximo para a conclusão do processo é de 120 dias (ECA 163). Provimento do CNJ determina a **investigação disciplinar** do magistrado que tiver, sob sua condução, ação de destituição do poder familiar há mais de 12 meses. Em sede recursal o prazo de tramitação não pode exceder seis meses." (Grifos da autora). Em nota de rodapé, a autora especifica o provimento: CNJ, Provimento 36/14. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 502.

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 504.

morosidade da Justiça transformam a permanência prolongada em instituições de acolhimento algo corriqueiro, como salienta Maria Berenice Dias. Há infantes que ficam acolhidos até completarem 18 anos, momento em que, simplesmente, são postos na rua.⁷⁴ A dificuldade de encontrar família adotiva em razão da idade é uma questão que deve ser considerada pelo magistrado. Dentre outros critérios, o julgador deve se atentar ao quesito tempo e às possíveis consequências graves e diretas na vida da criança ou do adolescente e considerá-los na ponderação de interesses do infante.

Acerca da morosidade do sistema, informa Jones Figueirêdo Alves que inúmeros eventos concorrem para a adoção demorar demasiadamente, em especial a imposição da lei de que sejam aplicadas, primeiramente, as medidas de recuperação da família biológica, sem período preordenado.⁷⁵ A indefinição sobre o futuro desses infantes não pode perdurar por tanto tempo, uma vez que a morosidade não se compatibiliza com a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente.

4 A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE NA FAMÍLIA EXTENSA

Conforme se depreende do parágrafo único no artigo 25 do ECA⁷⁶, para ser considerada família extensa, obrigatoriamente, a família deve ser composta por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. No entendimento de Sávio Bittencourt, a manutenção do infante na família extensa deve, necessariamente, obedecer a essas premissas, sob pena de interpretação equivocada e inconstitucional.⁷⁷ Para o autor, o conforto de permanecer na própria família e a diminuição do

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 504.

⁷⁵ ALVES, Jones Figueirêdo. **Adoção, a procura de uma lei melhor**, 2016. Disponível em: <https://www.justocantins.com.br/artigos-37401-adoacao-a-procura-de-uma-lei-melhor.html>. Acesso em: 21 ago. 2017.

⁷⁶ Artigo 25, parágrafo único, ECA - Entende-se por família extensa ou ampliada 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. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁷⁷ Acerca do preenchimento dos requisitos, é interessante a leitura da ementa do acórdão do TJ-PR na Apelação nº 1073437-1: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - INFANTE ACOLHIDA EM ENTIDADE INSTITUCIONAL - NEGLIGÊNCIA DA GENITORA - DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - PRETENSÃO OBTENÇÃO DE GUARDA PELA TIA-AVÓ MATERNA - AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE AFINIDADE E AFETIVIDADE - SITUAÇÃO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO

impacto negativo do afastamento dos genitores não se presumem, simplesmente, pelos laços de consanguinidade.⁷⁸

No que tange ao vínculo de afinidade, é preciso esclarecer que este pode ser compreendido de duas formas, como indica Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. A primeira tem natureza legal e diz respeito à relação existente entre a criança e o(a) cônjuge/companheiro(a) de seus pais. A segunda interpretação, mais adequada à sistemática do ECA, refere-se à uma identidade de sentimentos, semelhanças no pensar e agir, que tornam as pessoas unidas em razão da convivência.⁷⁹

Quanto à natureza jurídica da família extensa, observa-se que não há consenso na doutrina. Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira entendem que a família extensa não é família natural e nem família substituta, mas sim um *tertium genus*, sendo subsidiária da primeira e prevalecendo sobre a segunda.⁸⁰

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, por sua vez, considera que a família extensa pode ter natureza jurídica de família substituta, o que ocorrerá quando houver falta, omissão ou negligência de ambos os pais.⁸¹ No mesmo sentido, entende Sávio Bittencourt que a natureza

MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Não basta que a pessoa pertença à mesma árvore genealógica, pois para que se considere como família extensa ou ampliada primordial é a existência dos vínculos de afinidade e afetividade entre a criança ou adolescente e os parentes com os quais convive. 2. "... Na perspectiva da reinserção familiar, não se justifica a busca por parentes, ainda que próximos biologicamente, mas que não tenham convivência com a criança e o adolescente e, muitas vezes, sequer os conhecem. Muito mais importante que a proximidade de vínculos biológicos é a qualidade e intensidade dos laços afetivos. E é por isso que se exige, além do parentesco e da convivência, a afinidade e afetividade. (...) Ressalte-se aqui que a afetividade deve ser recíproca entre a criança/adolescente e parente próximo." (KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 121). BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão de decisão que julgou improcedente pedido de concessão de guarda.** Apelação nº 1073437-1. Relatora: Desembargadora Joeci Machado Camargo. 12 fev. 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11622137/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1073437-1>. Acesso em: 23 mai. 2018. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 507.

⁷⁸ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 66.

⁷⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 137.

⁸⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018, p. 23.

⁸¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 272.

jurídica da família ampliada é de família substituta.⁸² Na mesma linha, Maria Berenice Dias afirma que a tendência da doutrina é reconhecer que a família extensa é uma espécie de família substituta.⁸³ Numa perspectiva prática, os parentes regularizarão a situação por meio da guarda, tutela ou adoção (artigo 28, ECA).⁸⁴

Quando a família extensa tem deferida a guarda da criança ou do adolescente em caso de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, trata-se da guarda estatutária. José de Farias Tavares define essa guarda como “a situação jurídica supletiva do poder-dever familiar estabelecida por decisão judicial em procedimento regular perante o Juizado da Infância e da Juventude”.⁸⁵ Quando os pais foram omissos, negligentes, faltosos ou abusadores de seu direito-dever, a guarda estatutária apresenta-se como importante medida de proteção da criança e do adolescente.⁸⁶

A colocação na família extensa pode ser realizada, também, por meio da tutela.⁸⁷ Percebe-se, no entanto, que há poucas referências na doutrina acerca da tutela pela família extensa nos casos de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável (artigo 98, inciso II, ECA). Não obstante, ressalta-se que a regularização da atuação dos parentes será realizada por meio das três espécies de colocação em família substituta: guarda, tutela ou adoção.⁸⁸

Quanto à possibilidade de adoção pela família extensa, deve-se observar que, de acordo com o § 13 do artigo 50 do ECA, poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado

⁸² BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

⁸⁴ KREUZ, Sergio Luiz. 2012, p. 119, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

⁸⁵ TAVARES, José de Farias. 2010, p. 34, *apud* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

⁸⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

⁸⁷ Conforme o ordenamento pátrio, o Estado confere aos pais, através do poder familiar, o encargo de representar os menores absolutamente incapazes e assistir os relativamente incapazes, no ensinamento de Maria Berenice Dias. A autora aduz que, deixando a criança de estar sob o poder familiar de ambos os genitores, é preciso que outrem assumira essa responsabilidade. Então, na ausência dos pais pela morte, por terem sido declarados ausentes ou por perda ou suspensão do poder familiar, a função é atribuída ao tutor. Segundo a autora, “o tutor é titular de um poder-dever sobre a pessoa e os bens do pupilo”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 695-696.

⁸⁸ KREUZ, Sergio Luiz. 2012, p. 119, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

no Brasil não cadastrado apenas em três hipóteses, dentre as quais, quando for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade (inciso II). Percebe-se que essa é uma hipótese de exceção ao cumprimento da ordem do cadastro, que possibilita à família extensa pleitear a adoção do infante.⁸⁹

É fundamental averiguar que o ambiente no qual o infante será inserido poderá dar-lhe, seguramente, condições adequadas para o crescimento, como elucida Sávio Bittencourt. O autor afirma, ainda, que essa medida deve ser precedida de rigoroso estudo, assim como qualquer colocação em família substituta.⁹⁰ Nesse estudo, é importante verificar o interesse dos parentes em receber a criança ou o adolescente, pois esse é um critério relevante a ser ponderado, a fim de que o infante seja bem recebido e bem cuidado.

Alerta Sávio Bittencourt que a vantagem da permanência na própria família, sob os cuidados de parentes próximos, não se presume, simplesmente, pelos laços biológicos existentes. Por essa razão, é imprescindível que o guardião, tutor ou adotante seja parente que já tenha desenvolvido uma relação de afinidade e afetividade com o infante através da convivência cotidiana, no entendimento do referido autor. Não estando presentes esses requisitos do parágrafo único do artigo 25 do ECA, a colocação na família extensa fica suscetível de representar apenas um injustificado biologismo.⁹¹

Entende-se, portanto, que a preferência de um parente que não convive com o infante e nem possui com ele laços de afinidade e afetividade vai de encontro com a centralidade que a afetividade passou a ter nas relações de família. E essa hipótese é ainda mais grave no caso do parente que não tem interesse em adotar a criança ou o adolescente, estando disposto apenas a

⁸⁹ Para ilustrar essa possibilidade, veja-se a ementa do acórdão da Décima Sexta Câmara Cível do TJ-RJ na Apelação nº 0016884-57.2009.8.19.0011: Apelação Cível. Ação de adoção direta cumulada com pedido de destituição do poder familiar. Criança que, após o abrigamento, teve sua guarda deferida à família extensa. Pedido de adoção formulado seis anos depois. Menor que manifesta o desejo de ser perfilhada pelos requerentes, a quem reconhece como seus pais. Genitora que se contrapôs ao pedido em sede de contestação, mas, posteriormente, quando da realização do estudo social, reconheceu o laço fortalecido de afetividade e a conveniência da adoção. Situação fortemente consolidada no tempo (13 anos) que exige a preservação do bem-estar da adolescente. Requerente que é tio paterno da adotanda, priorizando a regra de manutenção da menor na família extensa. Inteligência do §1º do artigo 39 do ECA. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso ao qual se nega provimento. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação.** Apelação nº 0016884-57.2009.8.19.0011. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3022895&PageSeq=0>. Acesso em: 10 mai. 2018.

⁹⁰ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113.

⁹¹ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 66-67.

ser o guardião ou o tutor. O desinteresse na criação de vínculo de filiação com o infante é um critério crucial a ser sopesado, tendo em vista a importância desse vínculo com os pais na vida da pessoa humana.

5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A doutrina costuma apontar três correntes jurídico-doutrinárias ou fases da evolução da proteção da infância no Brasil. Em 1830, inaugurando a chamada fase do direito penal do menor, surgiu o Código Criminal do Império.⁹² Essa primeira fase, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, teve preocupação especial com a delinquência juvenil e baseou a imputabilidade na “pesquisa do discernimento”.⁹³ Em 1927, foi aprovado o Código de Menores, também conhecido como Código de Mello Mattos, que considerava como menor a pessoa com menos de 18 anos abandonado ou delinquente, o qual deveria ser submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas no Código.⁹⁴

A segunda corrente foi a da situação irregular. Conforme Tânia da Silva Pereira, essa fase começou a vigorar, efetivamente, com o advento do Código de Menores de 1979. O período de vigência dessa codificação foi caracterizado por uma política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator.⁹⁵ Além do assistencialismo, essa fase foi marcada pela postura de repressão do Estado frente aos problemas da criança e do adolescente.⁹⁶

Tânia da Silva Pereira informa que as bases da terceira fase surgiram durante a década de 1980, na qual houve intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infanto-adolescência. A terceira fase é chamada de fase da proteção integral, que passou a vigorar no

⁹² COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 12-13.

⁹³ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 218-219.

⁹⁴ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 17-18.

⁹⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 219-220.

⁹⁶ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. 2011, p. 32, *apud* COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 20.

Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.⁹⁷ Logo em seguida, em 1989, foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, consagrando a doutrina da proteção integral, conforme indica Heloisa Helena Barboza.⁹⁸ No preâmbulo da Convenção há previsão que busca efetivar a proteção especial à criança⁹⁹ e, no artigo 3, a Convenção expressamente se refere ao melhor interesse da criança.¹⁰⁰

A mencionada doutrina da proteção integral determina, segundo Caio Mário da Silva Pereira, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes têm características específicas, em razão da peculiar condição de pessoas em processo de desenvolvimento, e que as políticas voltadas para a infância e a juventude devem atuar de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.¹⁰¹

Para melhor compreender a relação entre a doutrina e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, observe-se o ensinamento de Heloisa Helena Barboza:

[...] a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.¹⁰²

Como o princípio está previsto em uma convenção ratificada pelo Brasil, por força do artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, este se encontra em vigor no nosso sistema

⁹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 220.

⁹⁸ A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 21 de novembro de 1990, pelo Decreto nº 99.710.

⁹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 203.

¹⁰⁰ Sobre esse artigo, Tânia da Silva Pereira faz um importante apontamento com relação à versão brasileira do texto, que utiliza a expressão maior interesse, o que remete o leitor a um critério quantitativo. O texto original, por outro lado, trazia um conceito qualitativo, mais adequado, em razão da expressão *best interest* utilizada no texto em inglês. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 215-216. Neste trabalho será utilizada a expressão melhor interesse, no mesmo entendimento de Tânia da Silva Pereira.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. V.** 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 48.

¹⁰² BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 206.

jurídico.¹⁰³ Ainda assim, o artigo 227 do texto constitucional é reconhecido na comunidade internacional como a síntese da Convenção¹⁰⁴, sendo considerado o dispositivo que traz a positivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.¹⁰⁵

Heloisa Helena Barboza aponta que os artigos 4º e 5º do ECA repetem a fórmula constitucional, com pequenas alterações de redação, o que permite concluir que o princípio foi inserido também na legislação infraconstitucional.¹⁰⁶ Tânia da Silva Pereira ressalta os artigos 5º e 6º da Lei nº 8.069/90 por proporcionarem aos operadores do Direito clara compreensão do princípio do melhor interesse da criança.¹⁰⁷ O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, um princípio constitucional, e, portanto, com eficácia normativa direta, deve ser aplicado diretamente ao caso concreto, juntamente com as demais normas, sendo necessário que seja considerado em qualquer decisão a ser tomada que envolva crianças e adolescentes¹⁰⁸, a fim de encontrar as soluções mais adequadas face às circunstâncias da vida do infante.

No que se refere ao núcleo conceitual do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, nota-se que o princípio pode ser elástico, sem definição rígida, mas que não pode ser esvaziado. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, é na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente que se encontra o núcleo conceitual do melhor interesse.¹⁰⁹

Mesmo que o conceito seja vago e elástico, salienta Maria Clara Sottomayor que seu núcleo conceitual deve ser preenchido por valorações objetivas, atreladas à estabilidade de

¹⁰³ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 222-223.

¹⁰⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. 1996, p. 23-25, *apud* BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 203.

¹⁰⁵ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro.** 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 28.

¹⁰⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 206.

¹⁰⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 221.

¹⁰⁸ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro.** 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 31.

¹⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. 2008, p. 16, *apud* COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro.** 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 35.

condições de vida, às relações afetivas e ao ambiente físico e social da criança e do adolescente.¹¹⁰

Na aplicação, deve-se levar em consideração que o princípio do melhor interesse coloca o infante em patamar de superioridade jurídica quando seus interesses colidem com o de pessoas adultas, conforme aponta Sávio Bittencourt. Em outras palavras, visando à proteção da criança ou do adolescente podem ser contrariadas vontades e expectativas dos adultos, ainda que sejam seus genitores e parentes.¹¹¹ Nos casos concretos em que há vários direitos a serem sopesados, o princípio norteia o julgamento, seja em caso de conflito entre interesses do menor e de terceiros, seja entre interesses fundamentais da própria criança ou adolescente, devendo prevalecer o melhor interesse do infante na ponderação.¹¹²

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PARA FINS DE ADOÇÃO

Para compreender a importância da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no processo de destituição do poder familiar é pertinente analisar um caso real. Com esse objetivo foi escolhido o Recurso Especial nº 1.422.929 - SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a fim de ilustrar a problemática levantada neste trabalho.¹¹³

Trata-se de recurso interposto por K. B. da S. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) em ação de perda do poder familiar ajuizada pelo Ministério Público. O poder familiar da recorrente sobre a menor A. G. B. da S. havia sido suspenso por

¹¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. 2002, p. 197, *apud* COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 34.

¹¹¹ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

¹¹² CHINELATO, Silmara Juny. 2004, p. 73; ROSA, Alexandre Morais da. 2008, p. 12, *apud* COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 31.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso especial**. Recurso Especial nº 1.422.929/SC. K. B. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314863&nu_m_registro=201302786968&data=20140812&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2018.

medida liminar em 09/09/2010, decisão que também determinou o acolhimento da criança em família substituta provisória. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido de destituição do poder familiar e declarou a criança A. G. B. da S. disponível para adoção.

No caso em apreço, cinge-se a controvérsia em verificar se é possível, em hipótese de destituição do poder familiar, determinar a adoção da criança, mesmo existindo membros da família extensa - *in casu*, avó - que manifestaram o desejo de ter a guarda da menor. A sentença e os acórdãos do TJ-SC e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foram no mesmo sentido, de não reintegrar a criança na família biológica.

A menor A. G. B. da S. é nordestina, nascida em 02/09/2007, filha de pai desconhecido. Sua mãe, K. B. da S., migrou com ela e o companheiro para o sul do país em busca de melhores condições de subsistência. Constatou-se a falta de condições da genitora para cuidar adequadamente da criança. A avó da menina, por sua vez, ainda mora no Nordeste, possui condição econômica precária e convive com o esposo e sete filhos, dos quais seis são menores de idade.

Isoladamente, a falta de recursos materiais não pode ser utilizada como fundamento para afastar a colocação da menor na família extensa. Insta salientar, no entanto, que a criança tem histórico de subnutrição, o que torna preocupante o fato da renda *per capita* da família ser inferior a R\$ 80,00 (oitenta reais). Não obstante a precária condição econômica, a avó materna da menor se mostrou desejosa de exercer o *munus* da guarda de sua neta. Interessante destacar este trecho da Sentença:

Com todo respeito à recomendação dos técnicos, o retorno de A. ao lar da avó materna no Nordeste não resolveria o problema da criança e nada justificaria à consciência deste Juízo devolvê-la ao mesmo local em que se iniciou o seu problema nutricional, quiçá para regredir todo o progresso que já se conseguiu durante o período de acolhimento, quiçá para submetê-la a um ambiente em que a miséria, a fome e a violência doméstica façam parte da rotina como uma fatalidade intransponível, ou para que seu destino possa vir a ser aquele que alimenta as estatísticas dos índices alarmantes de mortalidade infantil consignados pelo Promotor de Justiça na petição inicial (fl. 07).¹¹⁴

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso especial**. Recurso Especial nº 1.422.929/SC. K. B. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314863&nu_m_registro=201302786968&data=20140812&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2018, p. 05.

A partir da leitura do Acórdão do TJ-SC, percebe-se que a criança vivia em grande situação de risco com o padrasto, o qual era extremamente violento com a menina e, também, com K. B. da S. Os maus tratos e o risco à menor eram evidentes, o que resultou no encaminhamento da família ao programa de benefícios sociais do município de Indaial/SC, isso sem qualquer resultado positivo. O Desembargador Odson Cardoso Filho, em seu voto, apresentou diversos relatos dos profissionais que tiveram contato com a família, o que permitiu elucidar ainda mais a situação grave vivenciada pela menor. Conforme restou configurado, quando A. G. B. da S. foi acolhida, mostrou-se bem adaptada e bastante ligada afetivamente à família acolhedora. Ademais, os laços que a menor mantinha com sua família extensa já haviam se dissipado, existindo notícia de que não se observava a remanescência de vínculo afetivo.¹¹⁵

É necessário esclarecer que, em 09/09/2010, o poder familiar da genitora sobre A. G. B. da S. foi suspenso, liminarmente, sendo determinado, no mesmo ato, que a criança fosse acolhida em família substituta provisória. Em 23/03/2012, foi lavrada sentença que decretou, em definitivo, a perda do poder familiar e declarou a criança disponível para a adoção. Em 05/10/2012, a menina foi entregue para adoção, e iniciou-se o estágio de convivência, tendo ocorrido o trânsito em julgado da adoção em 19/09/2013.¹¹⁶ Na data de julgamento pelo STJ, a menor tinha 06 anos e 09 meses.

A Ministra Nancy Andrich utilizou fortes argumentos para defender a colocação da menor sob os cuidados de sua avó materna e a anulação do processo de adoção. Para a Ministra, as alegações de que guarda da criança não deveria ser concedida à avó não foram consistentes a ponto de afastar a ordem hierárquica de presunção de maior bem-estar para a menor, quanto ao ambiente em que deve conviver. Deveriam ter sido respeitados, então, a ordem de preferência e o caráter de excepcionalidade conferido à família substituta, nos termos do ECA.

Em sentido contrário entendeu o Ministro João Otávio de Noronha. O Ministro afirmou, em seu voto:

Comungo com o entendimento adotado nas instâncias precedentes pelas razões seguintes: **primeiro**, porque estando hoje com quase 7 anos a menina, ou ela é

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação**. Apelação nº 2012.031603-4. K. B. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho. Santa Catarina, 05 jul. 2012. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAOJC+AAy&categoria=acordao. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹¹⁶ Atente-se ao fato de que o trânsito em julgado da adoção ocorreu antes do julgamento do Recurso Especial na ação de destituição do poder familiar, o que pode ser considerado um equívoco, notadamente diante do artigo 1.635, IV, do Código Civil, o qual prevê que extingue-se o poder familiar pela adoção.

adotada agora ou, mais tarde, dificilmente conseguirá sê-lo; **segundo**, porque, nas condições em que vivem os familiares maternos no Nordeste, é possível que essa criança precise, mais à frente, também deixar a casa da avó, como fez a genitora, em busca de lugar melhor; **terceiro**, porque, de acordo com depoimento resultante do acompanhamento psicológico da criança, não existe mais vínculo afetivo com a família de origem, contrariando as alegações da ora recorrente, devendo-se, portanto, considerar a possibilidade de a menor ser submetida a uma desgastante ida e volta; **quarto**, porque, em observância ao art. 19 da Lei n. 8.069/1990, segundo o qual "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes", não se pode negar a A. G. B. da S. a oportunidade de viver em um lar em que receba amor, cuidado, em que não passe por privações econômicas e possa estudar.¹¹⁷

Cabe ressaltar, ainda, o apontamento do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino quanto à adoção da menor. O Ministro destacou uma peculiaridade nesse caso: a criança já tinha sido adotada e os adotantes não eram partes no processo. Além disso, A. G. B. da S. e os adotantes já conviviam por mais de um ano e meio.

Os Ministros da Terceira Turma do STJ negaram provimento ao Recurso Especial, por maioria, nos termos do voto do Ministro João Otávio de Noronha. Votou vencida a Ministra Nancy Andrighi. Votaram com o Ministro João Otávio de Noronha os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente).

No caso em tela, além dos argumentos apresentados pelo Ministro João Otávio de Noronha, é possível acrescentar outros critérios para a ponderação: a adaptação da criança na família adotiva e a consolidação de vínculo afetivo; o tempo em que a criança já está inserida na nova família; o distanciamento da criança com relação ao contexto sociocultural da família de origem; a idade da criança, seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão ao tempo do acórdão; impossibilidade de constituição de vínculo de filiação com a avó.

É possível notar, analisando-se a jurisprudência, que os Tribunais não são muito enfáticos quanto à aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como observa-se no caso acima analisado. Apesar de ter havido a ponderação de interesses da criança, somente em um momento do acórdão há referência ao princípio, realizada pelo Ministro Paulo

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso especial**. Recurso Especial nº 1.422.929/SC. K. B. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314863&nu_m_registro=201302786968&data=20140812&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2018, p. 17.

de Tarso Sanseverino.¹¹⁸ Contudo, ressalta-se que o princípio do melhor interesse deve ser considerado em qualquer decisão a ser tomada envolvendo crianças e adolescentes.¹¹⁹

Nitidamente, os casos que apresentam a problemática aqui enfrentada são difíceis e delicados. A ponderação dos interesses da criança e do adolescente deve, imprescindivelmente, estar orientada pelo princípio do melhor interesse. Todavia, um obstáculo que ainda se apresenta, nos casos concretos, é a valorização da consanguinidade em detrimento dos vínculos fundados, exclusivamente, na socioafetividade. Na teoria, por outro lado, a dimensão afetiva consagrou-se como aspecto fundamental na concepção de família.

Conforme adverte Rodrigo da Cunha Pereira, “adoção não é uma filiação de segunda classe”.¹²⁰ O preconceito provoca uma leitura equivocada dos interesses da criança e do adolescente envolvidos no caso concreto. Desse modo, é necessária a aceitação da afetividade como valor basilar nas relações de família, pois esta contribuirá, significativamente, para a ponderação quanto à medida que realiza o melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto: a colocação na família extensa ou a adoção.

CONCLUSÃO

A ação de destituição do poder familiar, a ação de adoção, bem como tudo o que envolve o trato com as crianças e os adolescentes deve buscar atender ao seu melhor interesse, em conformidade com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a Constituição Federal de 1988 e o ECA. Em vista disso, o sistema precisa ser aprimorado, para que a adoção

¹¹⁸ Em seu voto, o Ministro afirma que “este é um caso que pode ser qualificado como um *hard case*, pois envolve a colisão entre dois princípios fundamentais: a preservação dos interesses da criança, princípio aplicado pelo Ministro João Otávio de Noronha, ou a manutenção da criança no vínculo familiar, que é o princípio preconizado no voto da Ministra Nancy Andrighi, reconduzindo a criança para a família estendida, que seria a avó materna”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso especial**. Recurso Especial nº 1.422.929/SC. K. B. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314863&nu_m_registro=201302786968&data=20140812&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2018, p. 18.

¹¹⁹ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 31.

¹²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes**, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1183/Sistema+de+ado%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil+%C3%A9+cruel+com+as+crian%C3%A7as+e+os+adolescentes>. Acesso em: 21 ago. 2017.

seja viabilizada de forma mais célere, assegurando aos infantes, no seio de uma família, a proteção integral de todos os seus direitos.

Quando os genitores da criança ou do adolescente deixam de cumprir seus deveres, enquanto detentores do poder familiar, podem ser destituídos. O infante pode ser afastado da família natural, aplicando o magistrado uma medida de proteção adequada às peculiaridades do caso e visando à proteção do direito à convivência familiar, tendo em vista que toda população infantojuvenil tem direito a fazer parte de uma família e à constituição e manutenção de vínculos afetivos saudáveis e indispensáveis para o seu desenvolvimento.

A adoção representa uma das formas de garantir às crianças e aos adolescentes a proteção do seu direito à convivência familiar. A adoção é modalidade de colocação em família substituta e, também, modalidade de família socioafetiva. Destaca-se que a família socioafetiva se consagrou no direito brasileiro nas últimas décadas, uma vez constatado que a afetividade é o elemento essencial da entidade familiar. Assim, toda família, contemporaneamente, deve ser socioafetiva, dado que o vínculo biológico atualmente divide com o afeto a centralidade no direito de família.

Porém, de acordo com a ordem de preferência estabelecida pela Lei nº 8.069/90, são impostas as tentativas de manutenção do infante em sua família biológica natural e extensa antes da viabilização da colocação em família substituta, a fim de proteger o direito à convivência familiar. O ECA estabelece que a adoção é medida excepcional e expressa, em diversas passagens, a preferência da família extensa, determinando que a guarda, tutela ou adoção sejam concedidas, prioritariamente, aos parentes com os quais o menor convive e possui vínculos de afinidade e afetividade. Apenas quando frustrada a tentativa de colocação na família extensa é que, em regra, é admissível a colocação em família adotiva.

A ordem legal de preferência existe para proteger o direito à convivência familiar. Verificando as circunstâncias que caracterizam a vida relacional da criança ou do adolescente e constatando-se que a manutenção dos vínculos biológicos não representa o seu melhor interesse, o cumprimento dessa regra deixa de corresponder à realização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto.

Desse modo, conclui-se que é imprescindível a aplicação do princípio para orientar o magistrado na análise de diversos critérios, como: interesse dos parentes em receber a criança ou o adolescente; duração das buscas pela família extensa; a convivência e os vínculos de afinidade e afetividade com os parentes; condições para o desenvolvimento da criança ou do adolescente na família extensa; o distanciamento do menor do contexto sociocultural da família

de origem; a idade da criança ou do adolescente, seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão ao tempo da decisão; a dificuldade de encontrar família adotiva em razão da idade; a adaptação em família adotiva e a consolidação de vínculo afetivo; o tempo que a criança já está inserida na nova família; e a possibilidade ou não de constituir novo vínculo de filiação.

Mostrando-se incompatível a obediência à ordem de preferência estabelecida pelo legislador e o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto, faz-se necessária a relativização da legislação. Deve prevalecer a aplicação do princípio constitucional e ser viabilizada a constituição do vínculo socioafetivo de filiação por meio da adoção, se ficar constatado que esta é a melhor medida para o infante. Entende-se que o magistrado não pode ficar adstrito à regra da preferência quando esta contrariar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, portanto, no caso concreto, o julgador deve buscar a medida mais adequada para a correta aplicação sistemática dos valores constitucionais da filiação que, igualmente, tutela o vínculo biológico e socioafetivo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Adoção, a procura de uma lei melhor**, 2016. Disponível em: <https://www.justocantins.com.br/artigos-37401-adocao-a-procura-de-uma-lei-melhor.html>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 201-213.

BARBOZA, Heloisa Helena. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 135-142.

BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso especial**. Recurso Especial nº 1.422.929/SC. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 abr. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1314863&num_registro=201302786968&data=20140812&formato=PDF. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão de decisão que julgou improcedente pedido de concessão de guarda**. Apelação nº 1073437-1. Relatora: Desembargadora Joeci Machado Camargo. 12 fev. 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11622137/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1073437-1>. Acesso em: 23 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação**. Apelação nº 0016884-57.2009.8.19.0011. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3022895&PageSeq=0>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação**. Apelação nº 2012.031603-4. K. B. da S. e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho. Santa Catarina, 05 jul. 2012. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAOJC+AAY&categoria=acordao. Acesso em: 10 jul. 2019.

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

- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-313.
- COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>. Acesso em: 04 abr. 2018.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IMDFAM, 2008, v. 5, ago./set. 2008, p. 05-22.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. V**. 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes**, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1183/Sistema+de+ado%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil+%C3%A9+cruel+com+as+crian%C3%A7as+e+os+adolescentes>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 215-234.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2000.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA.** Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilitica.com.** Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilitica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 de mar. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias nossas de cada dia.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 11-28.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Rev. Fac. Direito UFMG.** Belo Horizonte, v. 27, n. 21, 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 27 jul. 2019.

Recebido em 14.08.2019 / Aprovado em: 05.06.2020 / Publicado em: 09..07.2020

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; FERNANDES, Manoela Gomes. Família extensa ou adoção: critérios para a efetividade do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de colocação em família substituta. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e39549, maio/ago. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369439549>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/39549>. Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2020 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE AS AUTORAS

VANESSA RIBEIRO CORRÊA SAMPAIO SOUZA

Possui doutorado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e encontra-se vinculada ao Departamento de Direito, Humanidades e Letras da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), estando vinculada à área do Direito Privado (Direito Civil). Suas pesquisas enfatizam a análise do tratamento jurídico conferido aos interesses existenciais à luz da axiologia constitucional. Coordena, atualmente, o núcleo institucional de pesquisas em direitos fundamentais, relações privadas e políticas públicas (NUREP).

MANOELA GOMES FERNANDES

Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ/ITR). Pesquisadora em Direito Civil Contemporâneo no Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas (NUREP), no qual atualmente desenvolve pesquisa sobre os temas: filiação, afetividade, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, direito à convivência familiar, adoção e apadrinhamento. Atuou como pesquisadora em Direito Internacional Privado no Núcleo de Estudos em Law and Economics aplicada ao Direito Internacional Privado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - Instituto Três Rios. Atuou como estagiária do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Três Rios/RJ. Atuou como estagiária na 1ª Vara Federal de Três Rios/RJ.