

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
CAMPUS AVANÇADO GOVERNADOR VALADARES  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Bárbara Muniz Garcia

**A preponderância da família natural como um óbice para adoção e violação ao  
princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Governador Valadares

2021

Bárbara Muniz Garcia

**A preponderância da família natural como um óbice para adoção e violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mendes Ribeiro

Governador Valadares

2021

Bárbara Muniz Garcia

**A preponderância da família natural como um óbice para adoção e violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Avançado Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Daniel Mendes Ribeiro - Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus GV

---

Prof. Dr. Bráulio de Magalhães Santos  
Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus GV

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Rosana Ribeiro Felisberto  
Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus GV

## RESUMO

Esta pesquisa propõe analisar se o cumprimento do comando legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), alterado pela Lei n. 12.010 (BRASIL, 2009), que determina a prevalência da família natural e o esgotamento das tentativas de manutenção ou reintegração da criança e/ou adolescente junto a esta entidade familiar, obstaculiza a concretização de adoções, colide com o princípio do melhor interesse da criança e, conseqüentemente, viola direitos fundamentais dos infantes. Diante disso, pretende-se analisar o entendimento dos doutrinadores através da literatura sobre o tema, os dispositivos legais que determinam a ordem de preferência familiar, a coleta de dados e estatísticas, e algumas decisões judiciais referentes ao assunto. A hipótese levantada é a de que o estrito cumprimento da ordem que privilegia a família natural, se não ponderada com o princípio do melhor interesse da criança, gera prejuízos aos infantes, limitando-os de serem inseridos em família substituta na modalidade de adoção e gozar de seus direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Adoção. Família natural. Direitos fundamentais. Princípio do melhor interesse da criança.

## **ABSTRACT**

This research proposes to analyze whether compliance with the legal command of the Child and Adolescent Statute (BRASIL, 1990), amended by Law n. 12,010 (BRASIL, 2009), which determines the prevalence of the natural family and the exhaustion of attempts to maintain or reintegrate the child and/or adolescent with this family entity, hinders the implementation of adoptions, collides with the principle of the best interest of the child and, consequently, violates children's fundamental rights. In view of this, it is intended to analyze the understanding of scholars through the literature on the subject, the legal provisions that determine the order of family preference, the collection of data and statistics and some judicial decisions regarding the subject. The hypothesis raised is that the strict fulfillment of the order that privileges the natural family, if not considered with the principle of the best interests of the child, generates damages to the infants, limiting them to be inserted in a substitute family through the adoption and enjoy their fundamental rights.

**Keywords:** Adoption. Natural family. Fundamental rights. Principle of the best interest of the child.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>6</b>
<b>2 SISTEMA BRASILEIRO DE ADOÇÃO</b>	<b>7</b>
2.1 HIPÓTESES DE COLOCAÇÃO DA CRIANÇA PARA A ADOÇÃO	11
2.2 PROCEDIMENTO	13
<b>3 PREPONDERÂNCIA DA FAMÍLIA NATURAL</b>	<b>16</b>
3.1 PREJUÍZOS DA SUPERVALORIZAÇÃO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICOS	17
3.2 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	23
3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	26
<b>4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA</b>	<b>30</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>39</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, sob o tema “A preponderância da família natural como um óbice para adoção e violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, tem por objetivo demonstrar que a primazia da família natural e a excessiva insistência das tentativas de manutenção ou reintegração da criança e/ou adolescente junto a esta modalidade familiar, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (BRASIL, 1990), alterado pela Lei N° 12.010 (BRASIL, 2009), obstaculiza a concretização de adoções, colidindo com o princípio do melhor interesse da criança.

Sendo assim, levanta-se como problema o estrito cumprimento do comando legal como um dever absoluto, não ponderado com o princípio do melhor interesse da criança, gera prejuízos aos infantes, os limitando de serem inseridos em família substituta através da adoção e gozar de seus direitos fundamentais. Assim, a metodologia adotada é a pesquisa teórico-normativa, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, bem como a exposição das legislações que tangenciam a temática do artigo. Ademais, se inclui a amostra de dados e estatísticas, como o destaque da jurisprudência pertinente ao assunto.

Como marco teórico do trabalho, tem-se as ideias sustentadas por Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Manoela Gomes Fernandes (2020), as quais apontam a flexibilização do cumprimento da ordem de preferência familiar estabelecida no ECA quando a manutenção dos vínculos biológicos não representa o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, o artigo é dividido em três tópicos distintos. No primeiro, aponta-se o instituto da adoção com as modificações promovidas pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), além de apresentar as hipóteses de colocação da criança/adolescente para adoção e como ocorre seu procedimento. Já no segundo tópico, pretende-se destacar alguns dispositivos que priorizam a família natural e excepcionam a adoção, e demonstrar que tal prevalência não se justifica por si só - ante os possíveis prejuízos gerados aos infantes, ao direito fundamental à convivência familiar e ao princípio da afetividade. Por fim, o terceiro tópico ressalta o princípio do melhor interesse da criança como orientador da aplicação das normas e garantidor dos direitos fundamentais dos infantes, destacando que seguir a ordem de preferência familiar, sujeitando a criança/adolescente a diversas tentativas manutenção à família natural, viola o referido princípio e é um entrave para a adoção.

## 2 SISTEMA BRASILEIRO DE ADOÇÃO

Com o intuito de melhor compreender o instituto da adoção, faz-se necessário, de início, fazer uma breve abordagem sobre seu conceito. Conforme Bordallo (2019, p. 357) “o termo adoção se origina do latim, de *adoptio*, significando em nossa língua, na expressão corrente, tomar alguém como filho”. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira conceitua a adoção como um “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” (PEREIRA, C., 2020, p. 468).

Fato é que, dentre outros conceitos estabelecidos pela doutrina, todos confluem para um ponto em comum: a adoção atribui a condição de filho ao adotando, uma vez que cria um vínculo de filiação. A filiação adotiva se origina de um ato de vontade dos pretensos adotantes, e como consequências, promove o desligamento de qualquer vínculo com os genitores e parentes consanguíneos, além de conceder ao adotando condição idêntica de filiação, que teria de qualquer outra forma, inclusive com os mesmos direitos e deveres, como dispõe o art. 227, §6º da Constituição Federal e art. 41 do ECA.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, são os dois principais diplomas legislativos que regulamentam o sistema brasileiro de adoção. Inicialmente, é de suma importância ressaltar que a promulgação da Constituição Federal em 1988 promoveu uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, gerando reflexos em diversos ramos do direito, dentre eles, nos direitos da criança e do adolescente e, conseqüentemente, no instituto da adoção. Para dar efetividade aos comandos constitucionais, o ECA foi elaborado e entrou em vigor em 1990, dispondo dos direitos e garantias assegurados aos infantes, além de regular de modo específico, como ocorreria, a partir da sua entrada em vigor, o procedimento da adoção no Brasil.

Dentre as modificações causadas pela Carta Magna, destaca-se a ampla garantia de direitos fundamentais e o enfoque em tutelar pessoas, visando o bem estar e o desenvolvimento de cada membro do núcleo familiar de forma individualizada. Assim, ao assegurar expressamente em seu art. 227 variados direitos ao público infantojuvenil, como “direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, reconheceram-se a criança e o adolescente como sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais.



Ademais, considerando que são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (PEREIRA, T., 2000), visto que estão em processo de formação e possuem maior vulnerabilidade, as crianças/adolescentes necessitam de proteção integral. Isso significa que, como prevê o art. 3º do ECA, para além de gozarem de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, lhes são assegurados diversos outros direitos enunciados no estatuto ou outros diplomas legais, visando-lhes proporcionar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Outrossim, a Constituição Federal, em seu art. 227, e o ECA no art. 4º, ao garantir direitos fundamentais à criança e ao adolescente, estabelecem que eles devem ser assegurados com absoluta prioridade. A prioridade absoluta compreende o dever de se atender primeiramente às necessidades das crianças e adolescentes, objetivando a concretização de seus direitos, dado a maior fragilidade destes. Nesta mesma perspectiva que se depreende o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente por vezes é considerado muito amplo, indeterminado, um critério hermenêutico que está sujeito a diferentes interpretações diante do caso em concreto, mas o melhor interesse da criança/adolescente é “o que objetivamente atende [...] aos seus direitos fundamentais em maior grau possível” (AMIN, 2019, p. 78). O referido princípio orientador tanto para o legislador, como para o aplicador da norma, visa a garantir que toda e qualquer decisão tomada em relação aos infantes efetivamente concretize seus direitos fundamentais.

Diante dos princípios e normas estabelecidos pela Constituição, e enfatizados pelo ECA, a perspectiva que havia sobre o instituto da adoção foi alterada. A adoção representava a realização de interesses e vontades de pessoas adultas na busca de uma criança, com o intuito de manter a continuidade da família através de seus descendentes. O instituto era tido como um mecanismo jurídico que permitia atender às famílias que careciam de filhos, dando filhos aos que não podiam tê-los, visto que um dos requisitos para a adoção, estabelecido no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), era justamente não possuir prole. Logo, apenas casais estéreis ou que não mais podiam procriar, estavam aptos para adotar.

Sucessivas alterações legislativas mudaram a concepção que se tinha da adoção. Com a vigência da Lei Nº 3.133 (BRASIL, 1957), a possibilidade de adoção foi estendida àqueles que já possuíam filhos biológicos. Desse modo, a adoção deixou de ser vista como um meio de suprir a falta de filhos. Entretanto, somente após o advento da Constituição Federal de

1988 é que ocorreram profundas mudanças no instituto. Ante a nova ordem principiológica que assegura direitos à criança e ao adolescente, considerando que são sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, a adoção passou a ter como finalidade “o interesse superior da criança a ser adotada” (MACIEL, 2019, p. 252).

Face ao exposto, a adoção não mais é pautada nos interesses dos adotantes, não havendo qualquer preocupação com as necessidades daqueles que são os mais vulneráveis nesta relação. O princípio do melhor interesse coloca os direitos da criança e do adolescente como primordiais e prevalentes, em um patamar superior, quando em confronto com os interesses de pessoas adultas (MADALENO, 2021). Tal entendimento é consagrado pelo art. 43 do ECA, o qual condiciona o deferimento da adoção somente “[...] quando apresentar reais vantagens para o adotando [...]”. Sendo assim, a adoção tem como finalidade a promoção dos direitos fundamentais da criança/adolescente, visando garantir-lhes um desenvolvimento saudável e promissor.

Tais direitos fundamentais são garantidos aos filhos advindos da adoção, devido a Carta Magna assegurar a igualdade de direitos a todos os filhos, sejam eles havidos no casamento, fora dele ou por adoção, vedando qualquer designação discriminatória relativa à filiação (art. 227, §6º), o que antes era permitido e postulado na legislação codificada. O filho adotivo não era detentor das mesmas garantias que os filhos biológicos, não rompia por completo o vínculo com sua família de origem, além de adquirir vínculo somente com os pais adotivos, não se estendendo aos demais integrantes da família adotante, não sendo integrado totalmente à família (LÔBO, 2021). Com a Constituição de 1988, a desigual tutela de direitos entre filhos deixou de existir e, posteriormente, o ECA também estabeleceu em seu art. 41 a garantia dos mesmos direitos aos filhos, o rompimento definitivo de vínculo do adotando com sua família de origem e sua inserção completa na família adotiva.

Por fim, a Constituição de 1988 também fez ascender um novo modelo de compreensão da relação de filiação. Modelo esse em que prepondera o afeto, o respeito, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, qual seja, a filiação socioafetiva. O princípio da afetividade possui como fundamentos constitucionais, de acordo com Paulo Lôbo (2021), a igualdade entre todos os filhos; o direito à convivência familiar como prioridade assegurada à criança e ao adolescente, e não a origem biológica; e a adoção como uma escolha afetiva.

Ademais, o autor supracitado entende que toda filiação é necessariamente socioafetiva, podendo ou não ser biológica, e defende o entendimento de Lévi-Strauss (1976 apud LÔBO, 2021, p. 34) de que a relação de filiação, com a evolução da família, “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade (este no sentido de afetividade)”. Nessa perspectiva, considerando que a relação de filiação advinda da adoção não se baseia em fator biológico, mas sim em fator sociológico, uma vez que “decorre, exclusivamente, de um ato de vontade” (DIAS, 2016, p. 818), tal instituto consagra o princípio da afetividade.

Em suma, diante de todas as modificações ocorridas no decorrer do tempo, pode-se afirmar que o instituto da adoção estabelece um vínculo de filiação entre adotante e adotado, o qual advém de laços afetivos, assegurando à criança/adolescente inserida na família, todos os direitos relativos à filiação. Sendo assim, sua finalidade é garantir que os infantes gozem com plenitude de seus direitos fundamentais.

Todavia, embora tenha este nobre objetivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei Nº 12.010, estabelece que a adoção é uma medida excepcional, afirmando em diversos dispositivos que deve prevalecer a manutenção ou a reintegração da criança ou do adolescente no seio de sua família natural ou extensa. O art. 25, do ECA, afirma que se entende como família natural aquela formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus filhos. Ademais, tal modalidade de família é considerada natural, porque decorre da natureza, há um vínculo biológico entre o genitor(a) com o menor.

Com a entrada em vigor da lei supracitada, houve um alargamento da expressão família natural, sendo introduzido o parágrafo único ao art. 25 do ECA, o qual considera como família extensa ou ampliada os parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantenha vínculos de afinidade e de afetividade (MACIEL, 2019). Observa-se que neste conceito não estão inclusos parentes distantes que não fazem parte do círculo de convívio com o infante.

Já a família substituta, a qual se consagra na modalidade da guarda, tutela ou adoção, foi prevista separadamente da família natural e extensa, visto que está disposta na Seção III, art. 28 do ECA, além de não receber do legislador um conceito específico. Assim, conforme Katia Maciel (2019), a família substituta é vista de modo residual, como aquela que não se enquadra nas definições de família natural ou extensa, que são fundadas no vínculo consanguíneo.

A preponderância existente de tentar manter a criança/adolescente junto àqueles com quem ela possui vínculos biológicos, recorrendo a adoção como última medida, pode ser prejudicial para os infantes e contrariar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A excessiva primazia que é concedida aos laços consanguíneos, tentando, a todo custo, manter a criança com seus genitores ou parentes próximos, pode representar violação aos seus direitos fundamentais. Isso porque, nem todas as famílias possuem condições mínimas para proporcionar um desenvolvimento saudável aos infantes.

Apesar da adoção ter sido estipulada como uma medida excepcional, ela é um instituto que visa justamente garantir à criança e ao adolescente aquilo que os genitores não quiseram ou não conseguiram, a concretização de seus direitos. Dessa forma, faz-se necessário, de antemão, explicitar as hipóteses de colocação da criança/adolescente para a adoção e como ocorre o processo de adoção, para melhor compreender a prevalência que o estatuto concede a família natural e o porquê ela por si só não se sustenta.

## 2.1 HIPÓTESES DE COLOCAÇÃO DA CRIANÇA PARA A ADOÇÃO

Inicialmente, para que uma criança seja considerada apta para adoção e incluída no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), é imperioso que não haja nenhuma possibilidade de manutenção ou reintegração à sua família natural ou que não possua família natural, ou seja, que esta seja desconhecida.

Dentre as hipóteses de colocação da criança para a adoção pode-se elencar aquelas em que há a entrega voluntária e a família extensa não possui interesse em permanecer com a criança em seu núcleo familiar; o consentimento dos genitores; quando o infante é abandonado; nas situações em que a criança ou o adolescente se encontra em programa de acolhimento familiar ou institucional por período superior a 3 (três) meses sem indicação de possibilidade de reintegração familiar (art. 19, § 1º, do ECA, acrescido pela Lei Nº 12.010/09); e, por fim, quando ocorre a destituição do poder familiar.

A entrega voluntária para a adoção, é uma hipótese introduzida no ECA pela Lei Nº 13.509 (BRASIL, 2017), prevista no art. 19-A, o qual dispõe que a genitora que manifestar o interesse em entregar seu filho para a adoção, antes ou logo após o nascimento, deverá ser encaminhada à Justiça da Infância e Juventude. Logo após a declaração de vontade, caso não haja a indicação do genitor, ocorrerá a busca por algum representante da família extensa apto

para receber a guarda, busca essa que pode demorar até 180 (cento e oitenta) dias. Somente após a tentativa de manter a criança no seio de sua família biológica, é que, não encontrando parente apto a receber a guarda, é decretada a extinção do poder familiar por sentença, e colocada a criança sob guarda provisória de pessoa habilitada a adotar ou em instituição de acolhimento.

Ademais, outra hipótese é a concordância de ambos os genitores com a colocação do infante em família adotiva, como prevê o art. 45 do ECA, o qual dispõe que a adoção depende do consentimento dos pais ou seus representantes legais. Entretanto, o consentimento é dispensado quando os pais da criança ou do adolescente são desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. No caso de pais desconhecidos, ou seja, quando não se tem informações sobre a família biológica, tende ser mais célere a colocação para adoção de crianças que possuem pouca idade, apesar de ser admitida a demora na busca pela família natural. Em se tratando de crianças maiores e de adolescentes, os que conseguem informar sobre sua origem, é feita a verificação dos motivos que causaram o abandono e há a tentativa de reestruturação da família natural.

Na situação de abandono, quando a criança ou o adolescente se encontra em programa de acolhimento familiar ou institucional por período superior a 3 (três) meses sem indicação de possibilidade de reintegração familiar, ela poderá ser inserida no SNA para ser colocada em família substituta. É o que determina o art. 19, § 1º, do ECA, o qual torna obrigatória a reavaliação dos abrigados, sendo uma forma mais eficiente e célere para se constatar se há ou não a possibilidade de reinserção ou se a inserção em família substituta é a melhor medida a ser tomada, “fazendo com que o direito fundamental à convivência familiar seja assegurado com maior presteza” (MACIEL, 2019, p. 383).

Por fim, outra possibilidade de colocação da criança ou adolescente em família substituta é a destituição do poder familiar. O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres em relação ao filho que não completou a maioridade ou não foi emancipado, que deve ser exercido tendo em vista um fim ou um interesse superior: o da criança ou do adolescente. Tal poder é um poder-dever que decorre do status paterno e materno delegado por lei, sendo indisponível, inalienável e irrenunciável, salvo na hipótese legal de entrega do filho em adoção.

O art. 229 da CF/88, art. 1.634 do CC/02 e o art. 22 do ECA, estabelecem deveres que os pais têm em relação aos filhos, os quais decorrem do exercício do poder familiar. Incumbe

a eles o dever de criar, educar, assistir, proporcionando o sustento, a educação, a saúde, a convivência familiar, dentre outros direitos do infante, além de dever os resguardar de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF/88). Em suma, é dever dos pais garantir aos filhos seus direitos fundamentais.

Entretanto, quando isso não ocorre, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina medidas que devem ser tomadas visando a proteção do infante, dentre elas encontra-se a suspensão ou destituição do poder familiar (art. 129, X, ECA). Tais medidas são as mais gravosas, devendo ser decretadas por sentença judicial. A distinção dos dois institutos é que a suspensão é uma medida protetiva de caráter provisório na defesa da prole, em que se constatada a ausência dos motivos que ensejaram a suspensão, os pais terão restaurado o poder familiar. Vale ressaltar, que a suspensão pode ser aplicada mais de uma vez. Já a destituição do poder familiar pode revestir-se de caráter irrevogável, devendo ser decretada na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstos no art. 22 do ECA, além dos casos previstos no art. 1.638, do Código Civil (BRASIL, 2002), conforme estabelece o art. 24 do ECA.

Diante das hipóteses mencionadas, pode-se observar que inicialmente há sempre a tentativa de que a criança/adolescente seja mantida com seus genitores ou parentes consanguíneos, sendo tomadas diligências para averiguar e solucionar os fatores que propiciaram ou podem propiciar a desvinculação com sua família de origem. Entretanto, tal procedimento pode ser árduo, principalmente para o infante, e delongado, acarretando em prejuízos.

## 2.2 PROCEDIMENTO

No que diz respeito aos pretensos adotantes, primeiramente precisam passar por um processo de habilitação para adoção, o qual se inicia com a postulação de uma petição simples acompanhada dos documentos previstos no art. 197-A, ECA. Os legitimados para habilitar-se à adoção devem possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos, qualquer que seja o estado civil, desde que haja a diferença de 16 (dezesesseis) anos entre o adotante e o futuro adotando.

Ademais, visando proporcionar ao adotado um “ambiente familiar saudável, propiciador do pleno desenvolvimento humano do filho” (LÔBO, 2021, p. 132), os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os relativamente incapazes por causa transitória ou

permanente que não puderem exprimir sua vontade, estão impedidos de adotar (art. 4º, CC). Por fim, por incompatibilidade, também não podem adotar os ascendentes, os descendentes e os irmãos do adotando.

Após a distribuição em juízo, para aferir e analisar se o pretendente está apto a adotar, é realizada uma entrevista preliminar com a equipe interprofissional, composta por assistentes sociais e psicólogos, além de ser obrigatória a participação em programa de preparação para adoção. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente já prevê expressamente hipóteses em que o candidato é desqualificado do processo de habilitação à adoção, sendo aquele que não oferecer ambiente familiar adequado, que não se fundar em motivos legítimos e que não oferece reais vantagens para o adotando (art. 29 e 43, ECA).

Diante do estudo psicossocial e da certificação de participação em programa de preparação para adoção, o Ministério Público dará seu parecer e o magistrado da Vara da Infância e Juventude proferirá sua decisão, deferindo ou não o pedido de habilitação à adoção. Caso seja deferida, o postulante é incluído no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), o qual irá constar seus dados e sua preferência quanto à criança a ser adotada, sendo observada a ordem cronológica de cadastramento. Tal medida é adotada objetivando garantir que não haja nenhum tipo de favorecimento ou privilégios (LÔBO, 2021).

Posteriormente, quando o menor corresponder aos interesses descritos do adotante, sempre observando em primeiro lugar o que melhor promoveria seu bem estar e desenvolvimento sadio, inicia-se o contato entre ambos. Esta fase é denominada como estágio de convivência, em que o adotando passa a residir com o adotante, havendo sempre o acompanhamento da equipe interprofissional. Este estágio possui a duração máxima de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, de acordo com o art. 46, ECA.

Finalmente, após o estágio de convivência a equipe interprofissional apresenta ao magistrado um laudo recomendando ou não a adoção (LÔBO, 2021), e o habilitado que detém a guarda possui 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção (art. 19-A, § 7º, ECA). Sendo proposta, o magistrado irá analisar se o menor se adaptou à toda a família adotante, se houve o vínculo socioafetivo entre eles, se a adoção “contempla o efetivo benefício do adotando” (LÔBO, 2021, p. 136) de modo que atenda o princípio do melhor interesse da criança. Se as condições forem favoráveis, será proferida sentença de adoção, a qual, de acordo com o art. 47 do ECA constitui o vínculo da adoção. Nesse momento, há o desligamento de qualquer

vínculo com sua família natural ou extensa. Ademais, tal sentença é inscrita no registro civil do menor, além de constar o sobrenome do adotante e ser possível a mudança do prenome.

Por fim, salienta-se que a adoção, embora seja uma possível solução em determinadas situações, a qual garantiria aquilo que seria o melhor para a criança ou o adolescente, é considerada medida excepcional, devendo ocorrer somente quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, §1º, ECA). Diante disso, o ECA, com as modificações promovidas pela Lei N° 12.010/09, estabelece a preponderância da família natural e a excepcionalidade da inserção da criança em uma família substituta, através da adoção. Porém, tal privilégio concedido aos laços consanguíneos de modo descomedido pode ser prejudicial ao menor e violar seus direitos.



### 3 PREPONDERÂNCIA DA FAMÍLIA NATURAL

Todo o procedimento realizado até que se consiga efetivar a adoção sofreu grandes mudanças com a entrada em vigor da Lei N° 12.010/09, conhecida como a Lei Nacional da Adoção, a qual alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente nos dispositivos pertinentes à adoção. Maria Berenice Dias (2016), ao referir-se à lei, afirma que apesar da “tentativa de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições, [...] só veio dificultar o processo de adoção. De forma injustificável por onze vezes reitera a preferência à família natural” (DIAS, 2016, p. 839).

Posto isto, primeiramente serão destacados alguns dos dispositivos legais do ECA, inseridos pela Lei N° 12.010/09, que privilegiam a família natural e excepcionam a colocação da criança/adolescente em família substituta através da adoção, para posteriormente analisarmos os motivos pelos quais ela não se justifica por si só, ante as consequências geradas para os infantes em decorrência dessa prevalência, ao direito fundamental à convivência familiar, ao princípio da afetividade e, principalmente, ante ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei Nacional da Adoção, dispõe no §1º, do art. 1, que o Estado deverá orientar e apoiar prioritariamente a família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer. Logo em seguida, no §2º, estabelece que somente na absoluta impossibilidade de permanência com os genitores é que os infantes serão colocados sob adoção. Diante disso, qualquer providência ou medida que vise manter ou reintegrar a criança/adolescente à sua família natural terá preferência e prevalência (art. 100, parágrafo único, X, ECA), antes de se constatar ser impossível a convivência no seio da família biológica.

Assim, diante de situações em que a família natural, ou ainda, a família extensa, não possuam condições de proporcionar um ambiente adequado para o desenvolvimento do menor, deve haver a intervenção estatal para que haja a inclusão da família em serviços e programas de proteção, apoio e promoção (art. 19, §3º, do ECA), visando a manutenção do infante junto àqueles com os quais possui laços consanguíneos. Ademais, essa obrigação também recai sobre os programas de acolhimento familiar ou institucional, visto que, dentre os princípios que devem adotar, está a preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar (art. 92, I, ECA).

A Lei N° 12.010/09, não somente estabelece a primazia da família natural e extensa, como também determina que a adoção seja uma exceção. O art. 39, §1º, do ECA deixa claro e dispõe expressamente que a adoção é medida excepcional, a qual deve ocorrer somente quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa. No mesmo sentido, o art. 92, II, do ECA, estabelece como princípio que a integração da criança em família substituta ocorrerá somente após haver o esgotamento dos recursos para se manter o infante junto aos genitores ou parentes consanguíneos.

Diante de tais dispositivos, é notório que a legislação infantojuvenil consagra a preponderância da família natural e/ou extensa, ou seja, dos vínculos biológicos, quando assegura demasiadamente a prioridade de permanência da criança/adolescente junto a estas entidades familiares. Para além disso, a chamada Lei Nacional da Adoção introduz normas no ECA que estabelecem a excepcionalidade do instituto da adoção, dificultando e obstaculizando a colocação da criança em família substituta nesta modalidade. Por conseguinte, isso faz com que haja uma tendência de se enxergar a adoção apenas como uma última alternativa, um último recurso para a solução de um problema familiar, e não como uma garantia de direitos da criança e do adolescente.

A supervalorização dos vínculos biológicos, ocorre porque, como regra geral, as crianças e adolescentes crescem e se desenvolvem na companhia de seus genitores, de sua família natural, somente podendo ser separadas do convívio com eles diante de graves violações de direitos do infante (TEIXEIRA; VIEIRA, 2015). A ruptura completa dos vínculos biológicos e sociais que o menor já possui pode ser potencialmente agressiva ao seu desenvolvimento e formação. Assim, pode-se entender que a separação da criança/adolescente do convívio com a família natural e o afastamento dos lugares que frequenta ou que se identifica pode gerar traumas a eles.

### 3.1 PREJUÍZOS DA SUPERVALORIZAÇÃO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICOS

Entretanto, o que se denomina de supervalorização dos vínculos biológicos pode, muitas vezes, prejudicar as crianças e adolescentes, principalmente nas situações em que a família biológica não quer ou não possui condições de proporcionar um ambiente adequado para o desenvolvimento saudável do menor. Não obstante, mesmo em casos em que se verifique tais situações, como a legislação enfatiza e quase sacraliza a família natural, além de

prever que a adoção deve ocorrer somente quando esgotados os recursos de manutenção ou reinserção da criança/adolescente na família natural ou extensa, haverá uma insistente tentativa de manter o infante no núcleo familiar biológico.

O problema é que tal determinação é excessivamente genérica, pois, é de se perguntar: quando será considerado que houve o esgotamento dos recursos que visam a manutenção na família natural? Por quantas tentativas de reestruturar a família natural para reinserir a criança/adolescente, os infantes devem passar? (ALBUQUERQUE, 2017). Assim, resta claro que a acentuada preferência dada pela legislação aos laços consanguíneos pode contrariar o melhor interesse e causar prejuízos às crianças e adolescentes, além de acarretar uma grande dificuldade à concretização das adoções. Dentre os prejuízos, destaca-se a morosidade dos procedimentos anteriores à ação de adoção, o prolongamento da estadia dos infantes nas instituições de acolhimento e os problemas da adoção de crianças maiores e adolescentes, os quais serão tratados a seguir.

Quanto à morosidade dos procedimentos realizados, até se chegar a ação de adoção há um prolongado caminho a ser percorrido anteriormente na tentativa de se constatar se há ou não a possibilidade de permanência da criança com sua família biológica. Inicialmente, diligências podem ser tomadas para que os genitores obtenham condições de permanecerem com o filho em seu núcleo familiar ou para se buscar por alguém da família extensa que tenha condições e queira exercer a função de guardião. Somente após a aplicação de medidas à criança/adolescente e aos genitores, visando mantê-los ou reinseri-los na família natural, restando esgotadas e frustradas as tentativas, é que se tem início ao processo de destituição do poder familiar e a inclusão do infante no cadastro de adoção (DIAS, 2016).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que serão aplicadas as medidas protetivas dispostas no art. 101, do ECA às crianças e adolescentes, sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis. São inúmeras as situações que podem ensejar a violação de direitos da criança por parte dos genitores, como drogadição, alcoolismo, maus-tratos, abuso sexual, carência financeira, abandono, dentre outras. Ademais, a própria Constituição Federal, no caput do art. 227, enumera situações, como a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diante disso, o estatuto também prevê medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis. Descritas no art. 129 do ECA, dentre as medidas dispostas encontram-se a inclusão dos pais

em cursos ou programas de orientação, tratamento a alcoólatras e toxicômanos, tratamento psicológico ou psiquiátrico. Assim, quando cabível, as redes socioassistenciais são acionadas e há a tentativa de recuperação da entidade familiar. Vale fazer uma ressalva quanto à carência financeira, vez que ela por si só não é motivo para suspensão ou perda do poder familiar, devendo a família ser “incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção” (art. 23, caput e §1º, do ECA).

Após as intervenções realizadas, as consequências podem ser diversas, sendo possível vislumbrar problemas decorrentes dessa dinâmica. Com a aplicação das medidas de proteção, existe a possibilidade de que desapareçam as circunstâncias que expunham o infante à risco, e o ambiente familiar torne a estar adequado para o desenvolvimento da criança/adolescente. Entretanto, pode ocorrer que mesmo sendo realizadas diligências na tentativa de manter o infante junto à sua família natural, a situação de risco não cesse, e novas medidas sejam determinadas, uma vez que elas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme o caput do art. 99, ECA. Nessa situação, a lei não tem mecanismos ou soluções e se torna restrita a uma dinâmica de sucessivas tentativas, posto que estabelece a prevalência da permanência da criança na família natural enquanto não esgotados os recursos para isso.

Para o autor Sérgio Domingos (2008 apud TEIXEIRA; VIEIRA, 2015, p. 22), apesar de ser preciso buscar o retorno do infante à família natural, “[...] muitas vezes há demasiada insistência na tentativa de restaurar vínculos que não existiram ou cuja reestruturação é improvável, o que acarreta prejuízo ao desenvolvimento das próprias crianças e/ou adolescentes”.

Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, como o Código Civil, são claros ao prever a aplicação da suspensão ou destituição do poder familiar em caso de descumprimento dos deveres e obrigações inerentes aos pais detentores do poder familiar. Apesar disso, devido a preponderância que se deu aos vínculos biológicos, custosamente tais medidas são aplicadas. O próprio §9º do art. 101, do ECA, descreve que somente após o encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, sendo constatada a impossibilidade de reintegração à família de origem, é que haverá a destituição do poder familiar.

Desse modo, diante da disponibilização de recursos assistenciais à família natural, ela se mantendo inerte, não há que se falar em inúmeras e prolongadas tentativas de manutenção ou reintegração das crianças em seu núcleo, visto que as desfavorece. Quando se está diante

de famílias que não atendem as necessidades exigidas para a formação saudável do público infantojuvenil, sejam elas físicas, intelectuais ou emocionais, tal entidade familiar se torna inadequada para desempenhar suas funções e responsabilidades sobre a pessoa em desenvolvimento que está sob seus cuidados. Em decorrência disso, mostra-se imprescindível contemplar a família substituta como essencial a garantir os direitos fundamentais da criança/adolescente, suprimindo as responsabilidades ligadas à parentalidade.

Outro prejuízo gerado pela exorbitante preferência à família natural, é o prolongamento da permanência das crianças e adolescentes nas instituições de acolhimento. A princípio cabe destacar que, previamente ao acolhimento institucional, a criança/adolescente esteve diante de alguma situação de vulnerabilidade ou risco causada por sua família natural, como negligência, desamparo ou abandono. Assim, a medida de acolhimento aplicada aos infantes advém de circunstâncias em que os genitores não cumprem com seus deveres provenientes do poder familiar e não proporcionam a proteção devida aos seus filhos.

Apesar de tal medida ser provisória e excepcional, sendo utilizada como forma de transição para a reintegração familiar, conforme o art. 101, §1º do ECA, a depender da situação, ao ser inserida em uma instituição de acolhimento, é possível que a criança ou adolescente por lá permaneça por um longo período ou até completar a maioridade. Isso porque, como já foi exposto, as tentativas de reintegração à família natural não são breves, ao contrário, são demorosas, fazendo com que a estadia do acolhido seja prolongada.

De acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre o tempo dos processos relacionados à adoção em 2015, a demora dos processos de medidas protetivas ou perda do poder familiar, no Sudeste, o tempo médio é superior a 3 anos e, em Brasília, de quase 4 anos. Os processos de habilitação para adoção são ainda mais demorados nas regiões Centro-oeste e Sul, atingindo tempos médios maiores do que 2 anos. Por fim, dos processos de adoção observados no Nordeste, pelo menos 90% apresentam tempos inferiores a 400 dias.<sup>1</sup>

Mister salientar que a Lei N° 13.509/17, na tentativa de dar celeridade aos procedimentos do ECA, reduziu diversos prazos e o tempo de tramitação processual. Houve a

---

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário. In: Marcelo Guedes Nunes (coord.). Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/be5ba61c5c02d04d9e45a555cb5630b8.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

fixação do prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para a tramitação do processo de destituição do poder familiar e o processo de habilitação para adoção (art. 163 e art. 197-E, ECA), visando a celeridade de tais procedimentos. Ademais, reduziu de 6 para 3 meses, no máximo, a determinação aos dirigentes de programas de acolhimento familiar ou institucional de reavaliarem a situação das crianças e adolescente inseridos em tais medidas (art. 19, §1º, ECA). Vale ainda acrescentar que também reduziu-se o tempo de permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional, estipulando que não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, “salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária” (art. 19, §2º, ECA). Apesar das reduções promovidas pela referida lei, diante dos casos em concreto pode haver o descumprimento de tais prazos, como demonstraremos na exposição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no próximo capítulo.

Ademais, dificilmente se tornará efetiva a limitação da permanência institucional no período de 18 (dezoito) meses. Como afirma Maria Berenice Dias (2016), por óbvio não há como o juiz reconhecer que ultrapassar o prazo determinado atende ao melhor interesse da criança, visto que a estadia dos infantes em acolhimento institucional não consagra plenamente os direitos que têm garantidos constitucionalmente, especialmente o direito à convivência familiar. Assim, a justificativa da necessidade de acolhimento “é apenas uma: não haver onde colocá-las” (DIAS, 2016, p. 841).

Por fim, uma terceira consequência agravante que decorre das duas anteriormente explanadas, são as dificuldades da adoção de crianças maiores e adolescentes. Considerando que os habilitados para adoção informam o perfil de criança/adolescente que almejam e que há uma preferência por crianças com pouca idade, quanto mais se prioriza a reintegração à família natural de forma exacerbada, fazendo com que o infante permaneça em acolhimento até se constatar ser impossível seu retorno ao convívio com seus genitores, mais difícil será sua adoção.

Isto porque, com o passar dos anos, tanto às tentativas de reinserção, como a colocação em família substituta através da adoção, são menos prováveis de acontecer. A reinserção, devido ao afastamento do infante de seus parentes consanguíneos e sua permanência em instituição de acolhimento, fazendo com que os laços afetivos e os vínculos familiares se fragilizem. Já a concretização da adoção, posto que com o tempo e o desenvolvimento do infante, menor chances ele tem de ser adotado devido ao avançar da idade.

Conforme os dados do CNJ sobre o SNA, constata-se que das crianças disponíveis para a adoção, 83% possuem mais de 10 anos e apenas 2,7% dos pretensos adotantes optam por adotar crianças e adolescentes acima dessa faixa etária<sup>2</sup>. Diante disso, fica evidente que a maioria das crianças acolhidas possuem idades que são as menos queridas pelos adotantes. Assim, a idade influencia na concretização da adoção, uma vez que o número de crianças e adolescentes adotados diminui na medida em que a idade aumenta. Tal afirmativa também pode ser constatada através das estatísticas do CNJ que demonstram que “do total de adoções realizadas, 51% foram de crianças com até 3 anos completos, 26% de crianças de 4 até 7 anos completos, 16% de crianças de 8 a 11 anos e 7% de adolescentes”<sup>3</sup>.

As dificuldades da adoção de crianças maiores e adolescentes, decorre da preferência que os habilitados para adoção possuem por recém-nascidos e crianças menores. Tal preferência advém do pensamento de que por possuírem uma menor idade, os infantes não possuem consciência das situações de risco em que foram expostas, dos traumas sofridos pela negligência, abandono e a reiterada da família natural. Assim, seria mais fácil a adaptação e criação da criança em uma nova família.

De modo contrário, as crianças maiores e os adolescentes já conseguem ter alguma compreensão da situação que ensejou o rompimento do vínculo com a família biológica. Assim, elas carregam consigo o contexto que vivenciaram quando em convívio com a família natural, as circunstâncias em que foram expostos a perigos, a rejeição dos próprios genitores, o tempo de permanência acolhidos. Além disso, elas já conseguem se expressar e exprimir suas vontades. Em virtude de tais motivos, os adotantes possuem o receio de não adaptação da criança/adolescente ao novo seio familiar ou as maiores dificuldades que podem enfrentar na convivência com o adotado.

Portanto, fica evidente que quanto mais tarde a criança ou adolescente passa a estar apta para adoção, se torna reduzida a chance de serem adotadas devido ao avançar da idade. Dessa forma, a supervalorização dos vínculos biológicos, faz com que haja uma insistente

---

<sup>2</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. SNA detalha estatísticas da adoção e do acolhimento no Brasil. Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/estatisticas-da-adocao-e-do-acolhimento-no-brasil-sna/>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>3</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat\\_diagnosticoSNA2020\\_25052020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA2020_25052020.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2022.

tentativa de manter o infante junto à família natural, ou ainda, a extensa, provocando a delonga nos processos anteriores a adoção e, conseqüentemente, a prolongada permanência da criança/adolescente nas instituições de acolhimento e a diminuição das chances de inserção em família substituta - através da adoção - em decorrência da idade. Assim, a preponderância da família natural, diante dos prejuízos mencionados, pode representar violação aos direitos fundamentais do público infantojuvenil, dentre eles, destaca-se o direito à convivência familiar.

### 3.2 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Conforme dispõe o próprio art. 1º da Lei Nacional da Adoção, o intuito da elaboração da referida legislação foi o de aperfeiçoar a sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar. Entretanto, com a primazia que ela concede à família natural do infante, é questionável se o foco principal é pura e simplesmente garantir a convivência familiar para a criança e o adolescente. Diante dos diversos dispositivos inseridos no estatuto pela lei supracitada, pode-se supor que se tem como objetivo a preservação dos vínculos consanguíneos, e não somente a garantia do direito fundamental do infante.

Vale destacar que apesar de o art. 19 do ECA, em seu texto original, já prever a excepcionalidade da convivência do infante em família substituta, o entendimento que o artigo transmite é plausível na medida em que se não houver situação de risco ou prejuízo ao desenvolvimento saudável da criança/adolescente na convivência com a família em que se encontra, não há justificativa para sua retirada do seio familiar em questão. Desse modo, o art. 19 não representa a priorização dos laços consanguíneos. Os artigos que determinam a preferência do vínculo biológico em detrimento do adotivo, estabelecendo a preponderância da manutenção do infante junto à família natural, colocando a adoção como excepcional, foram inseridos pela Lei Nº 12.010/09, destacando, dentre eles, o art. 39, §1º, do ECA, como o principal.

O direito à convivência familiar, previsto no art. 19 do ECA, garante ser direito da criança e do adolescente conviver com a família e com a comunidade, sempre em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Tal direito é considerado fundamental, uma vez que está previsto no art. 227, da Constituição Federal de 1988, o qual também indica quem são os responsáveis por assegurá-lo – a família, a sociedade e o Estado. Dentre esses, a



família desempenha um papel essencial no crescimento e na formação dos indivíduos, pois se pressupõe que manter a criança ou o adolescente no seio familiar, outros direitos fundamentais, como alimentação, saúde, educação, serão efetivados.<sup>4</sup>

Fato é que o desenvolvimento da criança e do adolescente, caracteriza-se por interligados processos biológicos, cognitivos, afetivos e sociais, que demandam do ambiente em que vivem condições saudáveis para que esse ciclo se concretize de forma plena. O direito à convivência familiar, vai além do que simplesmente viver em uma família e envolve muito mais que a possibilidade de ter um pai ou uma mãe, mas, sobretudo, deles receber proteção, atenção, cuidado e afeto. Entretanto, diante das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente já referidas anteriormente e do conceito de convivência familiar dado por alguns doutrinadores, pode-se observar que se coloca o direito à convivência familiar atrelado à família natural (genitora e genitor), como se a concretização de tal direito só fosse possível com aqueles com quem o público infantojuvenil tenha laços consanguíneos.

A autora Kátia Maciel (2019, p. 161), ao conceituar o referido direito afirma ser a convivência familiar um “direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)”. Ainda, Irene Rozzini (2019 apud MACIEL, 2019, p. 162), entende a convivência familiar e comunitária como “a possibilidade de a criança permanecer no meio a que pertence, preferencialmente junto a sua família, seus pais e/ou outros familiares e, caso não seja possível, em outra família que a acolher”.

O direito à convivência familiar é um direito da criança e do adolescente e não está necessariamente interligado à sua família biológica, mas sim de conviver em uma família que lhe proporciona proteção, segurança e estabilidade para seu desenvolvimento. Existem situações em que a convivência com a família natural representa violação de direitos fundamentais dos infantes. Não são todas as crianças que estão inseridas no núcleo de sua família natural que possuem uma boa e saudável convivência familiar, além do mais, há aquelas que não vivenciam qualquer relacionamento e convivência com a seus genitores, vez que são abandonadas.

---

<sup>4</sup> CONSIJ-PR, CIJ-PR. Convivência familiar e comunitária. [s.n.]. Paraná: 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/b47400a7-1b6d-4d84-bd74-45edf316232a>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Como afirma Ana Carolina Brochado Teixeira (2004), não se pode mais aceitar que a genitora ou o genitor, por pior que seja, é quem deve ficar com o filho, isso porque atribuir a guarda da criança a alguém que de fato não deseja exercê-la ou não tenha mínimas condições para isso, causa muito mais malefícios do que se não os tivesse em sua companhia. Enquanto há a delongada tentativa de reinserção na família biológica, muitas crianças tornam-se adolescentes e crescem nas entidades de acolhimento, não usufruindo do direito fundamental à convivência familiar e muitos outros. Ademais, quando finalmente é reconhecida a impossibilidade de retorno à família natural e o infante passa a ser considerado apto à adoção, por não possuir mais o perfil almejado pelas famílias habilitadas, há a probabilidade de ele permanecer na instituição de acolhimento até completar a maioridade.

Sendo assim, as medidas impostas pelos diplomas legais que determinam priorizar e insistentemente manter a criança/adolescente na família biológica, objetivando sua proteção e a garantia do direito à convivência familiar, acabam por prejudicá-las, uma vez que podem violar seus direitos fundamentais, reduzindo a chance de poderem usufruir e ter esses direitos assegurados por quem realmente os queiram e podem lhes proporcionar isso. Desse modo, o referido direito fundamental não pode ser visto nesta perspectiva de estar ligado somente à convivência com os que possuem laços consanguíneos, visto que os titulares do direito à convivência familiar são as crianças e adolescentes, de acordo com o art. 227, da CF/88.

Como bem afirma Sérgio Luiz Kreuz (2012), o direito da criança/adolescente à convivência familiar, constitucionalmente assegurado, não se limita a garantir que o infante seja criado e educado por sua família biológica, uma vez que não será possível a permanência da criança em uma família desestruturada, violenta, negligente. Ademais, o autor Paulo Lôbo (2021) vai mais além ao conceituar o direito à convivência familiar e afirma:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. (LÔBO, 2021, p. 35).

Percebe-se que na supracitada conceituação há a valorização do afeto, vez que considera o direito à convivência familiar independente de ser com aqueles que possuem entre si vínculos biológicos. Outrossim, no mesmo sentido, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, ratificada pelo Brasil, também ressalta a afetividade, quando expressa em seu princípio

VI, que a criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade e, em qualquer caso, deve crescer em um ambiente de afeto e segurança moral e material. Isso demonstra que o afeto é reconhecido como um dos elementos primordiais para o crescimento do infante na convivência com o núcleo familiar.

Por todo exposto, a prevalência aos laços consanguíneos e a excepcionalidade da adoção (que advém de laços afetivos) concedida pela Lei N° 12.010/09, não se justificam vez que o direito à convivência familiar não se restringe a convivência do menor com sua família natural ou extensa, mas sim em conviver com quem lhe garanta e assegure a concretização de seus direitos fundamentais, permitindo que ele cresça e se desenvolva integralmente em um ambiente saudável e alicerçado em laços afetivos.

### 3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Outrossim, não se justifica esse demasiado enaltecimento dos vínculos biológicos considerando que a afetividade, princípio norteador das relações familiares e, principalmente, da relação de filiação, foi reconhecido juridicamente antes da promulgação da Lei N° 12.010/09. Ou seja, ocorreu que mesmo sendo um princípio de grande relevância e vigente à época da elaboração da referida lei, ela traz inúmeros dispositivos que enaltecem e priorizam a família natural.

O reconhecimento jurídico da afetividade é resultado de investigações das transformações ocorridas nas relações familiares desde os anos 1970, mas recebeu uma grande atenção dos juristas com o impacto provocado pela Constituição de 1988, a qual deu enfoque nos integrantes das entidades familiares (LÔBO, 2021). Apesar de não estar positivado no texto constitucional, o princípio da afetividade está implícito na Carta Magna uma vez que encontra fundamento na igualdade entre os filhos biológicos e não biológicos, na convivência familiar, na adoção (LÔBO, 2021). Assim, ela advém da interpretação sistemática de princípios que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.

Diante disso, nota-se que a atual Constituição Federal abandonou a primazia antes concedida a origem genética ou biológica, prevalecendo o entendimento de que “a parentalidade biológica não era dotada de supremacia sobre a parentalidade socioafetiva, pois esta desigualdade não é admitida pela CF/1988” (LÔBO, 2021, p. 107). A concepção que se

tinha pela doutrina dos vínculos familiares, mais especificamente, do vínculo de filiação, modificou-se. Já em 1999 a autora Silvana Maria Carbonera, afirmava que a família contemporânea passou a ser baseada “nos desejos de seus membros em satisfazer seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal” (CARBONERA, 1999, p. 497). Assim, o modelo de família na época da elaboração da Lei Nacional da Adoção, e o atual, está pautado no afeto construído diariamente com a convivência, e não em algo determinado, vez que a família não é um grupo natural, mas sim cultural e social.

Neste seguimento, a alteração da concepção de família conduziu à mudança da relação de filiação, e a afetividade ocupa lugar de destaque nestas relações, em decorrência do entendimento de que a filiação não advém de um determinismo biológico, mas é “consolidada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem” (LÔBO, 2021, p. 130). O vínculo genético por si só não é suficiente para fundamentar a filiação, vez que ele não substitui os laços afetivos construídos com a convivência. Por isso a consagração da filiação socioafetiva advém não de um ato – como a concepção - mas de um fato, qual seja a convivência familiar (DIAS, 2017). Sendo assim, houve uma desvinculação do liame biológico nas relações familiares, principalmente no que tange a relação de filiação, fazendo com que os vínculos afetivos ocupassem lugar de destaque.

É mister salientar que a afetividade, como princípio jurídico, se diferencia do afeto. Conforme afirma Paulo Lôbo (2021), o afeto é um fato psicológico ou anímico e em si, não pode ser obrigado juridicamente. Entretanto, as relações sociais de natureza afetiva são suscetíveis de incidência de normas jurídicas, ainda que haja desamor ou desafeição. Sendo assim, o princípio da afetividade faz incidir sobre as relações afetivas, como a filiação, deveres jurídicos. Diante disso, o autor supracitado defende ser pai/mãe aquele que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação, ainda que não seja o(a) genitor(a).

Ademais, para além da doutrina, o próprio legislador civil admitiu a possibilidade da filiação pautada na afetividade vez que o art. 1.593 do Código Civil de 2002 estabelece que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Vale acrescentar que quanto a interpretação do supracitado dispositivo, foram aprovados os

enunciados 103<sup>5</sup> na I Jornada de Direito Civil em 2002 e 256<sup>6</sup> na III Jornada de Direito Civil em 2004, que afirmam que se reconhece outras espécies de parentesco civil além do decorrente da adoção, como a paternidade, ou ainda, a parentalidade socioafetiva. Neste seguimento, o princípio da afetividade como fundamento da relação paterno-filial também já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência antes da Lei N° 12.010/09<sup>7</sup>.

Não só o legislador civil, mas a legislação ordinária pós-Constituição passou a prever a necessidade de observância da afetividade nas relações familiares. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu texto original de 1990, continha no art. 28, §2° (atualmente §3°), a determinação de que se levasse em conta a relação de afinidade e afetividade na apreciação do pedido de colocação em família substituta. Novamente há a demonstração de que na elaboração da Lei Nacional da Adoção, já havia sido reconhecido juridicamente o princípio da afetividade, sendo ele a base das relações familiares.

Por fim, a própria Lei N° 12.010/09 inseriu no ECA dispositivos que estabelecem a afetividade como um critério a ser observado na relação da criança/adolescente com a entidade familiar, na tomada de decisão de onde e com quem a criança deve crescer e ser criada. A título de exemplo, pode-se citar o parágrafo único do art. 25, introduzido pela referida lei, o qual ao prever o conceito de família extensa, estipula como pré-requisito a convivência do infante com os parentes próximos e a presença de vínculos de afinidade e de afetividade entre eles. Assim, tal modalidade de família não é caracterizada somente pelos laços consanguíneos, mas sim pela convivência e a afetividade.

Diante disso, constata-se que a Lei Nacional da Adoção apesar de ter sido elaborada em um período em que a afetividade já era reconhecida e evidenciada nas relações de filiação, e mais, de contemplar e inserir no ECA o princípio aqui tratado, a mencionada lei é incongruente com o ordenamento jurídico, uma vez que sobreleva os vínculos biológicos.

---

<sup>5</sup> Enunciado N° 103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

<sup>6</sup> Enunciado N° 256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

<sup>7</sup> Já em 2007 o STJ utilizava o princípio da afetividade na fundamentação de decisões, afirmando que o entendimento atual era que a filiação não estava necessariamente ligada à origem genética, mas à natureza socioafetiva (REsp 234.833/MG Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJe DJ 22/10/2007).

Portanto, perante a valorização da afetividade e da compreensão de que a filiação não está pautada puramente na origem genética, mas sim nos laços afetivos solidificados com a convivência e no cumprimento dos deveres inerentes à parentalidade, proporcionando ao infante a concretização de seus direitos, não se justifica a preponderância da família natural em si mesma.

Por todo o exposto, nota-se que diante dos direitos e garantias assegurados à criança e o adolescente, como o direito à convivência familiar e o gozo de relações de afetividade, a priorização da família natural não possui uma autonomia valorativa. Ela só se justifica na medida em que pode efetivar tais direitos fundamentais aos infantes, entretanto, como resta demonstrado, garantir a convivência familiar e a afetividade às crianças e adolescentes, não implica necessariamente priorizar a família natural. Deve-se priorizar o melhor interesse da criança.

#### 4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

De acordo com Tânia da Silva Pereira (2000), a origem histórica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está ligada ao instituto do *parens patriae*, no qual o Estado assumia o dever de proteger e ser o guardião de todos aqueles que não tinham discernimento para administrar seus próprios interesses, dentre os quais estavam as crianças/adolescentes. Diante disso, no decorrer da história, foram surgindo documentos internacionais que passaram a reconhecer, proteger e tutelar direitos da população infantojuvenil.

O primeiro deles foi a Declaração de Genebra de 1924. Entretanto, conforme Amin (2019), a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, adotada pela ONU, foi o grande marco na comunidade internacional do reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, além de positivizar expressamente o melhor interesse, em seu princípio 2, o qual garante à criança o gozo de proteção social e a disponibilização de oportunidades que lhes propiciem o desenvolvimento de forma sadia, além de afirmar que, visando este objetivo, na instituição das leis deve-se levar em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Nesse sentido, Heloísa Helena Barboza (2000) defende que o princípio do melhor interesse da criança foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da Constituição Federal de 1988, visto que encontra suas raízes na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Além disso, em 1979, o Código dos Menores (BRASIL, 1979) revogado pelo ECA, já previa em seu art. 5º que a proteção aos interesses do menor sobrelevava qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Contudo, o referido diploma legal era aplicável somente às crianças em “situação irregular” e não voltado à totalidade da infância e juventude.

Ante os avanços sociais, em 1979 a ONU montou um grupo de trabalho que deu início a elaboração da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989, e ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90 (AMIN, 2019). Conforme Maíra Zapater (2019, p. 66, 67) a supracitada convenção foi “[...] o primeiro documento internacional de força vinculante (ou seja, que obriga juridicamente os Estados-partes a adotarem seus dispositivos e aplicá-los à sua ordem jurídica doméstica) a reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de Direito”.

Ademais, ela consagrou a doutrina da proteção integral (BARBOZA, 2000), a qual

assegura que a população infantojuvenil, em qualquer situação, deve ter seus direitos fundamentais protegidos e garantidos com absoluta prioridade (PEREIRA, T., 2000). Diante disso, foram reconhecidos direitos próprios dos infantes, fazendo com que eles deixassem de serem considerados como mais um membro integrante da entidade familiar, para se tornarem um ser individualizado, titulares de direitos juridicamente protegidos, que necessitam de proteção e cuidados especiais em decorrência de estarem em processo de desenvolvimento (BARBOZA, 2000). Além disso, a convenção também previu expressamente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em seu art. 3.1, ao dispor que “todas as ações relativas à criança [...] devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança” (BRASIL, 1990).

Essas modificações legislativas que vieram ocorrendo no âmbito internacional geraram reflexos em nosso país. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao garantir direitos fundamentais às crianças e adolescentes, os reconheceu como sujeitos de direitos e incorporou a doutrina jurídica da proteção integral ao texto constitucional (BARBOZA, 2000). Tal doutrina estendeu a aplicabilidade dos direitos dos infantes a todas as crianças e adolescentes e passou-se a ter um Direito da Criança e do Adolescente amplo, abrangente, universal e exigível (AMIN, 2019).

Quanto ao princípio aqui tratado, este não possui previsão expressa na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente. Apesar disso, o art. 227 da CF/88 é considerado o dispositivo que traz a positivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (SOUZA, FERNANDES, 2020). Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza (2000) sustenta que o princípio do melhor interesse possui natureza constitucional e é como um critério hermenêutico, uma cláusula genérica traduz através dos direitos fundamentais assegurados à criança/adolescente na Constituição.

Neste seguimento, na tentativa de definir o princípio do melhor interesse da criança, Tânia Pereira (2000) destaca seu caráter interpretativo e entende que ele cumpre uma função hermenêutica em relação aos direitos da infância e juventude. A autora Ana Carolina Brochado Teixeira (2009) o considera como um vértice interpretativo do ordenamento. Ainda, Máira Zapater (2019, p. 74), caracteriza o referido princípio como uma regra de interpretação para a aplicação do ECA, fazendo com que seja levado “[...] em consideração em primeiro lugar o interesse da criança e do adolescente, e não a proteção da sociedade ou preservação da família ou qualquer outra coisa neste sentido”.



Ainda, Luiz Edson Fachin (1996 apud LÔBO, 2021, p. 36) traz posicionamento semelhante, visto que compreende o princípio como “um critério significativo na decisão e na aplicação da lei”, e mais, entende que a aplicação da lei deve sempre realizar o princípio do melhor interesse da criança. Por fim, Andréa Rodrigues Amin (2019) defende que o princípio determina a primazia das necessidades da criança/adolescente como um critério orientador de interpretação da lei, na resolução de conflitos ou elaboração de normas. Ademais, a autora define o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente de modo ímpar, ao afirmar que o melhor interesse para a criança é “o que objetivamente atende à [...] aos seus direitos fundamentais em maior grau possível” (AMIN, 2019, p. 78). Assim, diante do caso concreto, atenderá o mencionado princípio “toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais” dos infantes (AMIN, 2019, p. 78).

Por todo exposto, diante da ordem de preferência estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em decorrência das alterações realizadas pela Lei N° 12.010/09, deve-se sempre levar em conta em toda decisão a ser tomada o princípio constitucional do melhor interesse da criança, uma vez que seguir tal ordem rigorosamente pode ir contra tal princípio. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira (2015), há uma estrutura piramidal no ECA para a colocação da criança entre os tipos de famílias descritos na referida legislação, a qual foi parcialmente alterada pela Lei Nacional de Adoção.

Na base da pirâmide, local de valorada importância e preferência, está a família natural, composta pelos genitores. No segundo degrau se encontra a família extensa, que antes era entendida como aquela formada por parentes que não os genitores, entretanto, com a Lei n° 12.010 (BRASIL, 2009), passou-se a exigir o liame de convivência, afinidade e afetividade. Sendo assim, na falta dos pais ou quando estes não podem garantir os direitos à criança/adolescente, a busca pela família extensa deve estar pautada nesses aspectos, “sob pena de ser imposto o convívio com pessoas estranhas à criança ou ao adolescente” (MACIEL, 2019, p. 156). Diante disso, somente deve-se buscar parentes próximos, que já tenham vínculo com o infante, e não insistir na busca de pessoas com quem a criança jamais conviveu somente por ter vínculo biológico com ela. Vale a ressalva de que quando se trata de um recém-nascido, não há qualquer vínculo de convívio ou afeto.

No outro patamar da pirâmide estaria a colocação em família substituta, através da adoção. Tal medida é subsidiária, já que o próprio ECA a estabelece como excepcional, e que anteriormente é necessário que os parentes próximos manifestem o interesse em cuidar da

criança, para que então, em caso negativo, possa ocorrer a adoção. Paulo Lôbo (2021), faz uma importante observação quanto ao fato de condicionar a adoção à manifestação de interesse prévio de parentes. Segundo o autor, a permanência do infante com a família extensa representaria um parente sendo acolhido por outro, o que impediria a criança de ser inserida em um ambiente familiar completo e de constituir uma relação de filiação através da adoção. Ademais, no X Congresso Brasileiro de Direito de Famílias e Sucessões, em 2015, foi aprovado o Enunciado 05, o qual estabelece que “na adoção, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa”.

Sendo assim, no que tange ao comando legal do ECA, o qual determina a ordem de preferência supracitada e concede primazia à família natural, questiona-se se seguir tal ordem com rigor realizaria o melhor interesse da criança e do adolescente. A priorização da família natural ocorre não somente por ser uma regra estabelecida no Estatuto, mas porque é um fato social comum a criança crescer e se desenvolver no seio da família em que nasce e já está inserida, ou seja, junto aqueles que possui laços consanguíneos, além de poder ser traumático para o infante o rompimento desses laços. Ademais, tal prevalência é concedida a esta modalidade de família, porque se pressupõe que a permanência da criança/adolescente na família natural representaria a garantia dos seus direitos. Entretanto, a preponderância da família natural não é um princípio constitucional que por si só assegura os direitos fundamentais da população infantojuvenil.

Desse modo, seguir ao comando legal de modo rígido, priorizando a família natural demasiadamente, de forma deturpada e distorcida, como se fosse um princípio autônomo, sujeitando a criança/adolescente a diversas tentativas de ser mantida ou reintegrada junto a esta entidade familiar, pode conduzir a decisões que violem o princípio do melhor interesse da criança e, conseqüentemente, não atenda os direitos fundamentais dos infantes. Ademais, a referida ordem de preferência obstaculiza a colocação da criança em uma família substituta através da adoção, sendo esta uma possível solução em determinadas situações, visto que possui como finalidade a promoção e a concretização dos direitos fundamentais da criança, não atendidos pelos genitores.

Destarte, diante do caso concreto, que pode apresentar complexidades e peculiaridades, deve-se levar em conta que a aplicação da lei deve sempre realizar o princípio do melhor interesse da criança, ou seja, a regra de preferência estabelecida no ECA deve atingir aquilo que for melhor para a criança - a máxima concretização de seus direitos. Assim,

“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” (SOUZA, FERNANDES, 2020, p. 32).

Para apresentar um viés prático da temática do presente trabalho, foi realizada uma busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com as palavras “manutenção criança família natural” e “princípio melhor interesse criança”, utilizando o operador padrão “e” e não selecionando órgão julgador ou ministro. A pesquisa teve início em 28/01/2022, sendo concluída em 03/02/2022. Dos resultados obtidos, optou-se por analisar os acórdãos proferidos e, dentre eles, foram selecionados dois que melhor exemplificam o assunto aqui tratado.

O primeiro deles é referente ao Habeas Corpus 648.097/MG (BRASIL, HC 648.097/MG, 2021) impetrado por um casal habilitado para adoção que teve deferida a guarda provisória da criança que, a época da ação de origem (ação de destituição do poder familiar), tinha 2 anos e encontrava-se sob o abrigo de medida protetiva de acolhimento institucional, visto que não havia familiar próximo apto ao exercício da guarda, como consta em sentença. O *habeas corpus* é contra ato do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo acórdão manteve a destituição do poder familiar dos pais biológicos, mas revogou a guarda provisória deferida ao casal, determinando que a menor fosse imediatamente devolvida a sua família extensa, permanecendo sob a guarda da avó paterna.

Diante de tal decisão o casal manifestou irrisignação, afirmando que a infante estaria exposta a risco com a transferência da guarda, pois a avó paterna convive com o genitor da criança, renovando o quadro que motivou o ajuizamento de medidas protetivas e ação de destituição. Ademais, nos autos fica constatado, através dos pareceres técnicos, a falta de condições e o desinteresse da avó paterna, ora apelante. Além disso, como alegam os impetrantes, a medida não observa o melhor interesse da criança, sobretudo ante o vínculo afetivo formado durante o período de manutenção da guarda provisória – quase 6 (seis) anos –, em situação de estabilidade desde seu início, requerendo a proteção jurídica que a lei e a jurisprudência conferem aos vínculos afetivos, além de defenderem a necessidade de preservação de situação estável em favor da menor diante do dano que poderia resultar da súbita alteração subjetiva da guarda. Por fim, afirmam que os agentes do Estado descumpriram a prestação jurisdicional adequada nos prazos legais na condução do processo,

como estabelece o art. 163, ECA pela conclusão do procedimento de destituição do poder familiar em 120 (cento e vinte) dias, isso porque já havia totalizado mais de 6 (seis) anos desde o início do procedimento.

O Ministro Relator em seu voto afirma que diante de demandas que envolvem interesses de crianças/adolescente, a solução a ser tomada é a que resulte em uma maior conformação aos princípios norteadores do Direito da Infância e da Adolescência, como a proteção integral e, sobretudo, o melhor interesse. Assim, ele reconhece o convívio entre a criança e seus guardiões, por largo espaço de tempo e sob a forma de relação familiar sedimentou o liame afetivo, o qual está consolidado como vínculo parental. Além de afirmar que a jurisprudência do STJ “orienta pela manutenção da criança no lar que entende como seu, evitando-se sucessivas e reiteradas alterações de guarda, ressalvadas hipóteses de risco físico ou psíquico do menor”, (AgRg na MC 18.329/SC, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011), que não é o caso dos autos. Por fim, considera a ineficiência do sistema protetivo estatal, afirmando que a criança submetida a medida de acolhimento institucional em 2014 deveria ter sua situação jurídica resolvida de forma definitiva em poucos meses, diante da prioridade absoluta, o que não ocorreu. Assim, concedeu a ordem de Habeas Corpus para sustar o ato coator, devendo a criança ser mantida junto aos guardiões.

O outro julgado é o Recurso Especial 1.480.488/RS (BRASIL, REsp 1.480.488/RS, 2016), o qual também possui como origem ação de destituição do poder familiar. Em sentença, o magistrado utiliza como um dos fundamentos de sua decisão os estudos técnicos realizados, que apontam a falta de condições mínimas para cuidar das menores, jamais tendo exercido de forma adequada o poder familiar, demonstrando ser negligente e mantendo as crianças em constante situação de risco e maus-tratos, sendo imperiosa a destituição do poder familiar. Constata-se que mãe biológica não buscou alternativas de reestruturação de modo a ter de volta as duas crianças. Ademais, as duas menores já estavam inseridas em família substituta, desfrutando de uma vida saudável e digna. Finalmente, afirma o magistrado que o vínculo biológico não tem o condão de superar as necessidades básicas uma vez que estas são direitos fundamentais de qualquer criança e/ou adolescente.

Mesmo diante de toda fundamentação nos autos, a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que entendeu pela manutenção do poder familiar da mãe biológica sobre as crianças, vez que considerou que os elementos não seriam

suficientes para ensejar a drástica e excepcional medida de destituição do poder familiar. Apesar disso, como considera o Ministro Relator, o abandono material e a despreocupação da genitora são confirmados pelo decurso do tempo, visto que mesmo tendo provimento judicial em seu favor desde 2011, encontrava-se com o paradeiro desconhecido até a data de julgamento do presente recurso (01/12/2016), deixando as filhas sob os cuidados da pretensa família substituta na qual estão inseridas e plenamente adaptadas desde 2009 e não mantendo contato com elas por todo esse período com o intuito de restabelecer o vínculo afetivo rompido.

Assim, em seu voto, o Ministro Relator determina que deve prevalecer o melhor interesse das menores, já inseridas em família substituta, em virtude de não haver controvérsia sobre a negligência e os maus-tratos promovidos pela genitora; nenhuma comprovação de capacidade para cuidar das filhas; nem havendo vínculo afetivo entre elas com a mãe biológica. Assim, conclui que em prol do melhor interesse das menores, não se pode desconsiderar a convivência e total adaptação das crianças com a família substituta, onde estão sendo assistidas e bem cuidadas, situação fática já consolidada pelo tempo. Diante disso, reformou o acórdão recorrido, julgando procedente a ação de destituição do poder familiar sobretudo para que se concluísse definitivamente o processo de adoção das menores, em prol dos seus interesses.

Por todo o exposto, a manutenção do infante com a família natural ou extensa, não pode ser vista como uma garantia absoluta e invariável, como a melhor forma de resguardar seus direitos, em desprestígio à família substitua, formada pela adoção, uma vez que pode contrariar o melhor interesse da criança e do adolescente (SOUZA, FERNANDES, 2020).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar que há uma preponderância da família natural e extensa concedida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente depois das alterações realizadas pela Lei N° 12.010/09, que determina que sejam esgotadas as tentativas de manutenção ou reintegração da criança e/ou adolescente junto àqueles que possuem vínculos consanguíneos. Ademais, além de a colocação do infante em família substituta, através da adoção, ser considerada como medida excepcional pela própria legislação, o cumprimento do comando legal do esgotamento das tentativas de reinserção do infante na família natural representa ainda mais um entrave para a efetivação das adoções.

Não só isso, mas a ordem de preferência estabelecida, a qual supervaloriza os vínculos biológicos, pode gerar prejuízos às crianças/adolescentes como a morosidade dos procedimentos realizados até se chegar à adoção, diante das excessivas tentativas de, prioritariamente, dar condições à família natural para permanecer ou restabelecer o convívio com o infante. Consequentemente, pode haver o prolongamento da permanência das crianças e adolescentes nas instituições de acolhimento enquanto essas tentativas são realizadas. Por fim, em decorrência disso, com o decurso do tempo e o avançar da idade, os infantes podem ter prejuízos irreversíveis ante as dificuldades da adoção de crianças maiores e adolescentes.

Ademais, outros motivos pelos quais a preponderância da família natural não se justifica por si só, é que o direito fundamental à convivência familiar é um direito da criança/adolescente e não está necessariamente interligado à convivência com a família biológica, mas em conviver em um ambiente familiar saudável, que lhe proporcione condições para se desenvolver. Outrossim, diante do princípio da afetividade, não há uma supremacia da parentalidade biológica sobre a socioafetiva. Na atual concepção de filiação a afetividade tem lugar de destaque, vez que considera-se que a relação filial não advém simplesmente do fator biológico, mas dos laços afetivos construídos com a convivência.

Finalmente, o comando legal de priorizar a família natural tem como pressuposto que esta representaria a garantia dos direitos fundamentais da criança/adolescente. Entretanto, ele não é um princípio constitucional, uma garantia absoluta, que por si só assegura tais direitos. Assim, submeter os infantes a excessivas tentativas de mantê-los ou reintegrá-los à família natural, ou ainda extensa, pode violar o princípio do melhor interesse e impedi-los de usufruírem de seus direitos fundamentais, os quais poderiam ser garantidos através da adoção.

Diante disso, tal ordem de preferência deve realizar o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual prioriza a efetividade dos direitos dos infantes na máxima proporção. Ademais, diante de determinadas situações, a adoção deve ser vista como uma possível solução, considerando que a finalidade é justamente essa, a promoção e a concretização dos direitos fundamentais da criança, não atendidos pelos genitores.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese levantada, de que o estrito cumprimento da ordem que privilegia a família natural, se não ponderada com o princípio do melhor interesse da criança, gera prejuízos aos infantes, limitando-os de serem inseridos em família substituta na modalidade de adoção e gozar de seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Cecília. Adoção excepcional: um confronto entre o biológico e o afetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5181, 7 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60108/adocao-excepcional-um-confronto-entre-o-biologico-e-o-afetivo>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARBOZA, Heloísa 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.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 2 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 12.010, de 3 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 3 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm)>. Acesso em: 3 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III e IV**. Enunciados aprovados. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Habeas Corpus 648.097/MG**. Infância e juventude. Habeas corpus. Proteção integral. Melhor interesse da criança e do adolescente. Guarda provisória. Situação de fato. Consolidação. Risco à integridade física e psicológica da criança. Inexistência. Nova alteração provisória. Ilegalidade. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, 15 jun. 2021. Diário de Justiça Eletrônico, 22 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial 1.480.488/RS**. Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de família. Destituição do poder familiar. Maus-tratos e grave situação de risco identificados quando do ajuizamento da ação. Menores inseridas em família substituta. Paradeiro atual da mãe biológica desconhecido. Prevalência do melhor interesse das crianças. Recurso especial provido. Relator: Min. Raul Araújo, 01 dez. 2016. Diário de Justiça Eletrônico, 15 dez. 2016.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. 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. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/57.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat\\_diagnosticoSNA2020\\_25052020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA2020_25052020.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Passo a passo da adoção**. CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em: 10 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **SNA detalha estatísticas da adoção e do acolhimento no Brasil**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/estatisticas-da-adocao-e-do-acolhimento-no-brasil-sna/>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário**. In: Marcelo Guedes Nunes (coord.). Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/be5ba61c5c02d04d9e45a555cb5630b8.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CONSIJ-PR, CIJ-PR. **Convivência familiar e comunitária**. [s.n.]. Paraná: 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/b47400a7-1b6d-4d84-bd74-45edf316232a>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [livro eletrônico]

KREUZ, Sérgio Luiz. **Da convivência familiar da criança e do adolescente na perspectiva do acolhimento institucional**: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29218/R%20-%20D%20-%20SERGIO%20LUIZ%20KREUZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. Volume 5. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ONU. Declaração Universal dos Direitos da Criança. 1959. Disponível em . Acesso em 25/3/2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. v. 28. ed., revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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.

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: 10 set. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Paternidade: um conceito em mutação. Apontamentos sobre o contrato de união estável. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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 Nº 8.069/1990**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/598/439>>. Acesso em 15 nov. 2021.

ZAPATER, Máira. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.