

ANÁLISE DA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DOS MENORES NA DISPUTA PELA GUARDA ENTRE PAIS BIOLÓGICOS E PAIS ADOTIVOS À LUZ DE UM CASO CONCRETO

Marcela Almeida Monteiro Lacerda¹

Valéria Edith Carvalho de Oliveira²

Banca examinadora**

RESUMO: O presente estudo traz uma interpretação à luz de um caso concreto, relacionado à preservação dos direitos dos menores na disputa pela guarda entre pais biológicos e pais adotivos, abordando aspectos relevantes, fundamentos sobre o tema, consequências, princípios e soluções plausíveis acerca do litígio.

PALAVRAS CHAVES: Direito de Família; Adoção; Reversão; Melhor Interesse da Criança; Afetividade.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Poder Familiar e suas Implicações; 3 Entendendo o Processo de Adoção; 4 Caso Concreto; 5 O Interesse da Menor; 5.1 Princípio do melhor interesse da criança; 5.2 Princípio da Afetividade; 5.3 Possíveis consequências para a menor; 5.4 Possíveis respostas para o caso concreto; 6 Conclusão; Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, em Minas Gerais, aconteceu uma ação na seara das adoções que trouxe à luz o debate sobre a reversão da guarda provisória e como ficariam os direitos da criança nesta disputa. O artigo tem como objetivo a análise deste caso sob a ótica dos princípios do Melhor Interesse da Criança, e o da Afetividade.

Pretende-se construir argumento favorável à priorização dos interesses do menor sobre aqueles dos demais envolvidos no caso, discutindo os pontos de vista e apresentando possíveis soluções.

Faz destaque também a urgência de melhorias no processo de adoção, no sentido de promover maior segurança jurídica ao instrumento, de forma a, proteger a criança ou o adolescente.

2 O PODER FAMILIAR E SUAS IMPLICAÇÕES

A promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe importantes e fundamentais modificações no Direito Familiar, gerando mudanças de valores nas relações familiares. Tais transformações demonstram que, hoje em dia, somente a ligação biológica não é o suficiente para uma relação paterna filial.

O Poder Familiar reúne uma série de direitos e deveres, bem como, educação, criação, assistência, conferida aos pais em relação aos seus filhos menores de dezoito anos e todos os seus bens. Tal poder é indelegável, irrenunciável e imprescritível. Os direitos e deveres são essenciais para formar uma base sadia e favorável na vida da criança, proporcionando meios de enfrentamentos da vida.

Nos ensinamentos da doutrinadora Maria Helena Diniz sobre o poder familiar, ela nos traz o seguinte conceito:

É o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho (DINIZ, 2008).

Aos pais incumbe a formação e a educação de seus filhos menores, tê-los sob sua guarda, conduzir e controlar os atos civis de suas vidas, como está elucidado no art. 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. *Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:*

I - *dirigir-lhes a criação e educação;*

II - *tê-los em sua companhia e guarda;*

III - *conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;*

IV - *nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;*

V - *representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;*

VI - *reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;*

VII - *exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.*

Pelas atribuições estabelecidas pelos incisos do art. 1.634 do Código Civil de 2002 aos pais, fica claro que os genitores possuem a obrigação de criar e preparar seus filhos para a vida, sendo primordial para definir o futuro dos mesmos.

Devido às suas características, o poder familiar, tornou-se um instituto jurídico muito importante, por possuir em sua estrutura, múltiplos direitos e deveres dos pais, que estão contidos na Constituição Federal, seja de forma implícita ou explícita.

A extinção do poder familiar ocorre pelo descumprimento dos deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos. O artigo 1.635 do Código Civil dispõe as formas de extinção:

Art. 1.635. *Extingue-se o poder familiar:*

I - *pela morte dos pais ou do filho;*

II - *pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;*

III - *pela maioridade;*

IV - *pela adoção;*

V - *por decisão judicial,*

Nestes termos, então, os pais biológicos podem perder o poder familiar em relação aos filhos. Neste caso a criança será encaminhada para família substituta ou será disponibilizada para adoção. Assim, possível inferir que as crianças acessíveis para adoção não são apenas as que não possuam pais conhecidos ou foram desamparadas.

Mas também as que vivem com os pais biológicos e o juiz apurou que a criança padece de riscos de desenvolvimento, de saúde ou de vida. Com direito aos recursos disponíveis, poderá afastá-la do lar paterno, proporcionando a destituição do poder familiar dos pais biológicos, e concede-la para a adoção.

Esta situação ocorre quando a criança sofre riscos concretos e já acabaram todas as medidas disponíveis para evitar o problema, contudo, é uma prática que já é prevista pela lei.

A perda é durável, mas não significa que seja definitiva, uma vez que os pais podem reaver através de procedimento judicial a guarda, comprovando que o pedido da causa que motivou a perda não existe mais.

A suspensão do poder familiar pode ser temporária, permanecendo enquanto for necessária. A suspensão pode ser ainda total abrangendo e cessando todos os poderes familiar, ou parcial, sendo necessário especificar qual poder será afastado de ser exercido.

Ocorrendo o descumprimento de deveres decorrentes do poder familiar, segundo o Código Civil, acarretará a consequência será a extinção e suspensão do poder. O objetivo principal de aplicar estas penalidades é exclusivamente voltado para preservação do interesse do menor, e não pela punição dos pais.

O poder familiar alcança a relação paterna filial em todas as suas formas, seja ela, biológica, sócio afetivas ou decorrente de adoção.

3 ENTENDENDO O PROCESSO DE ADOÇÃO

A adoção é um processo legal que se baseia, em muitos casos, em passar o poder familiar (direitos e deveres) dos pais biológicos para os pais adotivos. É normalizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo Código Civil, que define evidentemente que a adoção deve privilegiar as reais obrigações, direitos e interesses da criança e do adolescente. É também o momento para os pais que não conseguiram ter filhos biológicos ou decidiram por filhos sem ligação genética exercerem a maternidade/paternidade, além de provavelmente ajudar a família de origem, que não conseguiu zelar pelo seu filho.

O primeiro passo, para iniciar o processo de adoção, é a solicitação junto ao Juizado da Infância e da Juventude do município, através da Seção de Colocação em Família Substituta. Os interessados requisitam uma entrevista com os especialistas para conseguir os dados preliminares indispensáveis à normalização do seu pedido de registro.

A idade mínima para tornar-se um adotante é de dezoito anos, independentemente do estado civil, estabelecido por lei, porém deve ser obedecido outro quesito; o adotante deve ter idade superior ao adotado de pelo menos dezesseis anos.

São mínimas as limitações para adoção e quase todas se submetem a análise do Juiz em face das informações apresentadas pelos especialistas do juizado, entretanto, a Lei dispõe a proibição de adoção entre irmãos e avós com os netos, podendo apenas conseguir a guarda dos seus respectivos irmãos e netos.

A guarda estabelece ao guardião o compromisso material e educacional, o dever de assistência moral e garante à criança e o adolescente todos os direitos, até os previdenciários.

Já a adoção causa uma transformação na relação familiar, visto que, ocorre a substituição da certidão de nascimento por outra, com uma nova simetria de filiação que possibilitará ao adotado fruir de direitos iguais que tenham os filhos biológicos do adotante.

O momento maior do processo de adoção é o da aprovação dos adotantes. Após as entrevistas, as visitas ao domicílio dos supostos adotantes, e após tornar claro todas as dúvidas dos especialistas do Juizado, este processo é conduzido para o Juiz, que deparando-o adequadamente instruído, poderá aprovar a habilitação dos adotantes.

Os supostos adotantes, após serem aceitos pelo juiz, estarão possibilitados de adotar e entrarão em um cadastro de prováveis adotantes.

Certamente que os procedimentos judiciais não aceitam qualquer ruptura da ordem de preferência, conseqüentemente, valerá para destinação de classificação na lista ou cadastro, a data de aceitação da ficha ou habilitação dos prováveis adotantes.

Contudo convém constatar que os prováveis adotantes comunicam no momento da inscrição sua predileção (sexo, cor dos cabelos, cor da pele, cor dos olhos, idade etc.) em relação ao futuro adotado. Quando a primeira criança acessível não compatibiliza com as qualidades de predileção impostas pelos adotantes alistados em primeiro lugar a criança será guiada ao segundo adotante da lista e assim gradativamente.

Quanto maiores forem as exigências expostas como predileção dos adotantes correlações aos adotados, maior será o tempo de espera.

Durante um tempo o juiz estabelece para os interessados um termo de guarda antes de aprovar a adoção, esse tempo é chamado de "estágio de convivência". Nesse prazo é permitido desistir da adoção, pois não foi efetivada. Da mesma maneira poderá o Juiz, cancelar a guarda e não aprovar a adoção identificando situações graves ou inadequadas para o menor.

É considerável que o Juizado trabalha com o ideal de zelar pelos interesses do menor, desta forma, se houver algum acontecido que o Juiz entenda ser negativo para a criança, será reanalisada a guarda e todo o processo será paralisado.

Contudo, após formalizada a adoção, não poderá o adotante desistir e devolver a criança, por isso determina-se maturidade e cautela. A adoção é irrevogável.

4 CASO CONCRETO

O contexto da causa em análise aborda um caso concreto, no qual uma menor em seus primeiros meses de vida, foi retirada de seus pais biológicos através de uma denúncia feita pelo Ministério Público, na qual se alegou maus-tratos e abandono de incapaz. Fatos estes que também os levaram a perda da guarda de seus outros seis filhos.

Diante dessa situação, ocorreu o encaminhamento da menor para um abrigo, que permaneceu durante um ano e três meses, quando foi acolhida por uma família que esperava há cinco anos na fila para conseguir uma adoção.

Durante três anos, a menor ficou sobre os cuidados e proteção da nova família, que proporcionou para a criança toda estrutura necessária, dando a ela uma infância íntegra. Os pais adotivos respeitaram e exerceram todos os trâmites legais no que tange ao processo adotivo (documentação necessária, fila de espera, cursos, palestras, visitas técnicas). No decorrer do processo de adoção da menor, que já estava há alguns anos com a família substituta, surgiu um novo fato: os pais biológicos da criança ao se reabilitarem, pediram a reversão da guarda da menor.

A Vara da Infância e da Juventude da comarca de Contagem/ Minas Gerais em primeira instância, através de sentença, na qual deferiu a ação de destituição do poder familiar dos pais biológicos, interposta pela Promotoria da Infância e da Juventude em Outubro de 2013, decidiu em favor dos pais adotivos. Manoel Luiz Ferreira de Andrade, instituído como promotor do caso em tela fundamentou seus pedidos através de diagnósticos psicológicos e auxílio assistencial, baseando-se também na falta de relacionamento da menor com os pais biológicos, aconselhando a permanência da criança com os interessados na adoção.

A insatisfação dos pais biológicos perante a sentença proferida pela primeira instância julgadora, fez com que eles recorressem ao

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso este, que foi deferido pelo Egrégio Tribunal, contra decisão publicada pela 7ª Câmara Cível da comarca de Contagem/MG, que por decisão unânime de seus desembargadores, determinaram a volta da menor à família biológica.

Essa decisão teve como fundamento a concordância e reconhecimento de que os pais biológicos podem converter a situação de maus-tratos e abandono sofridos pela criança. Neste processo foi demonstrada por um laudo técnico, a aptidão da família biológica para acolher novamente todos os seus filhos, e baseou-se também no entendimento da Procuradoria Geral de Justiça, que argumentou não existir motivo algum para separar apenas a menor de seus pais biológicos, já que todos os seus seis filhos voltaram para a casa dos mesmos.

O Desembargador Belizário de Lacerda, relator do caso, alegou a proteção legal do direito do convívio familiar, ao assegura à menor a manutenção na família natural, incumbindo diretamente ao Poder Público, o implemento de ações que para protegê-la, bem como restabelecê-la ao convívio com a família biológica. Segundo ainda o togado, conduzir a menor a uma família adotiva, só poderia ser feita em último caso, se a família biológica não tivesse nenhuma condição para criar e dar uma vida digna à criança.

A sentença ainda destacou no que tange à ligação afetiva da menor com sua família adotiva, dizendo que o rompimento desse vínculo não seria suficiente para gerar um abalo emocional, e por isso o acórdão garantiu à família biológica a tutela da criança, que estava aos cuidados dos pais afetivos, no decorrer do processo adotivo.

Diante da decisão a família adotiva impetrou um mandado de segurança, obtendo sucesso no pedido liminar, garantindo a eles a permanência da menor sobre seus cuidados, enquanto a apreciação de mérito do pleito não fosse julgada.

Tal processo, gerou bastante discussão e divergências acerca do entendimento de especialistas, como doutrinadores, magistrados, advogados, por se tratar de uma questão polêmica, no que diz respeito ao melhor caminho para a criança, seja com a família biológica ou com a família adotiva.

5 O INTERESSE DA MENOR

Como se presume, em um processo tão delicado e relevante como o de adoção, todas as partes se envolvem emocionalmente em seu trâmite de maneira muito profunda, de forma que, especificamente no caso em tela, o sucesso de um dos lados implica na ruína emocional do outro, sem mencionar a própria criança, que em meio a tudo isso, pode sair mais lesionada que os demais.

Assim, importante que haja mecanismos de aplicação da norma legal, em consonância com os princípios norteadores do direito, de forma a preservar ao máximo os envolvidos.

5.1 Princípio do melhor interesse da criança

A Constituição da República preconiza em seu artigo 227:

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

Por serem pessoas ainda em formação e em desenvolvimento, as crianças e adolescentes, carecem de cuidados especiais e, em razão disso, precisam ter prioridade em se tratando de confrontos sociais, como o conflito de interesses que ocorre no caso concreto analisado.

Em casos como esse, colocar em prática o Princípio do Melhor Interesse da Criança é primordial, uma vez que não só visa a melhor situação para o menor envolvido, como fortalece a ideia de que as crianças e adolescentes, são detentores de direitos, e não um mero objeto onde há pessoas litigando pela sua posse.

Sobre esse princípio basilar do direito dos menores, leciona Tânia da Silva Pereira:

Ocorreram no seio da sociedade pós-moderna, mudanças significativas, em especial no seio da família. Novos paradigmas surgem na sua formação, não sendo mais possível afastar-se, ou mesmo, não dar a importância devida aos constantes acontecimentos imbrincados, no que tange a guarda, adoção e cuidados gerais das crianças e adolescentes. Há de se afastar dos conceitos e pré conceitos quando o tema é o melhor interesse do menor, que será avaliado, na sua aplicabilidade, pelo intérprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor (PEREIRA, 2010).

Não obstante, o artigo 6º do ECA aduz que "na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Felizmente, já se pode vislumbrar em nosso ordenamento, através de jurisprudências, decisões onde o direito das crianças e adolescentes são tratados com prioridade absoluta, vindo de acordo com o artigo 227 da Constituição da República e também em conformidade com o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A exemplo, está a jurisprudência do Tribunal do Justiça do Estado de São Paulo, trata-se de julgamento de Apelação Cível nº 15350-0, de 05 de novembro de 1992, tendo o Dr. Desembargador Lair Loureiro como Relator do caso, embasando sua decisão no artigo 6º do ECA, artigo 227 da CR/88, e, conseqüentemente, no princípio do melhor interesse do menor:

Decisão: Lei: ECA, art. 33 – Menor – Guarda – Postulação com vistas a fins previdenciários – art. 33 do ECA – ADM – Menor que necessita de cuidados urgentes para sua sobrevivência – aplicação do art. 6º do ECA – recurso provido. Recomenda o art. 6º que, na interpretação desta lei devem ser levados em conta os fins sociais a que ela se dirige e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Resp. nº 275.568-RJ, como relator o Min. Humberto Gomes de Barros, analisou questão de destituição do poder familiar por abandono afetivo, usando como base a determinação principalmente no que tange o interesse do menor, conforme a ementa *in litteris*:

DIREITO CIVIL - PÁTRIO PODER - DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO - POSSIBILIDADE - ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA - INTERESSES DO MENOR - PREVALÊNCIA.- Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do art. 395, II, do Código Bevilacqua, em conjunto com o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder.(STJ - 3ª T.; REsp nº 275.568-RJ; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; j.18/5/2004; v.u.) BAASP, 2388/933-e, de 11.10.2004."O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, também seguiu a mesma linha de raciocínio, considerando indevida a retenção de documentos escolares

com o objetivo de receber mensalidades em atraso. Vejamos a ementa: “ESTABELECIMENTO DE ENSINO - CRIANÇA OU ADOLESCENTE - RETENÇÃO DE DOCUMENTOS ESCOLARES COM O OBJETIVO DE RECEBER MENSALIDADES EM ATRASO -

INADMISSIBILIDADE - ATO ILEGAL QUE FERE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 6º, 205 E 227 DA CF E A LEI Nº 8.069/90 - Ementa oficial: Constitui-se ato ilegal reter, para fins de recebimento de mensalidades atrasadas, documento imprescindível para frequência e realização de provas em outro estabelecimento de ensino. Em se tratando de adolescente e crianças, o ato ilegal fere o disposto nos artigos 6º, 205 e 227 da CF, além do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº8.069/90). (TJGO - 1ª Turma - 1ª Câmara; Duplo Grau de Jurisdição nº 4.603-7/195; Rel. Des. Castro Filho; j. 03.06.1997; v.u.) RT 747/354. BAASP, 2156/138-m, de 24.04.2000. - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - MENSALIDADE ESCOLAR INADIMPLEMENTO.

A jurisprudência embasou-se no princípio do melhor interesse do menor com máxima prioridade, em outras palavras, o direito da criança prevaleceu sobre os interesses dos adultos.

5.2 Princípio da Afetividade

No mundo jurídico contemporâneo, onde a cada dia novas conquistas são atingidas no campo da interpretação humanitária das normas, não é possível se admitir limitações e princípios retrógrados como a priorização dos laços de sangue sobre os afetivos no que tange à família.

Fato é que, nesse mesmo contexto de reinterpretação e redefinição do conceito de família, os laços afetivos vêm ganhando espaço e significado, se mostrando tão relevantes quanto, ou às vezes até mais relevantes que a ligação genética, outro determinante para delimitação do ente familiar.

Apesar da falta de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, não restam dúvidas de que a afetividade constitui um princípio do Direito Familiar contemporâneo, uma vez que o afeto se encontra cada vez mais em evidência no que tange ao conceito de família. Inclusive, já conquistou grande parte da jurisprudência o reconhecimento do valor jurídico do afeto, sendo esse essencial para decisões de repercussão extrema, como a própria filiação, comprovando assim o surgimento da parentalidade socioafetiva, independentemente de vínculo consanguíneo.

Seguindo essa linha de pensamento, aponta Ricardo Lucas Calderon:

Parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento (CALDERON, 2004).

No caso concreto em análise, a criança foi inserida em família substituída com apenas dois meses de idade, tendo isso em vista, percebe-se que o princípio da afetividade deve ser observado com atenção, uma vez que a criança sequer conheceu seus pais biológicos, não possuindo absolutamente nenhum tipo de vínculo com eles senão o fato de compartilhar de sua descendência genética.

Por outro lado, a família guardiã é a única que a criança conhece, e com esta sim, criou laços de afeto. O núcleo familiar de seus pais adotantes representa toda a sua universalidade, sendo certo que ali estão presentes também os demais personagens de sua vida emocional, como primos, tios, avós, amigos, vizinhos e etc.

É fundamental acusar a fala compreendida na expressão “retorno da criança à sua família”, uma vez que não existe retorno a um ambiente ao qual nunca se pertenceu. É fato que a criança não teve nenhum tipo de contato significativo com a sua família biológica, e por essa razão, no seu ponto de vista não estaria “retornando” a lugar algum, e sim, deixando todo o seu mundo para trás e partindo para um universo desconhecido e temerário.

A mestra Maria Berenice Dias ressalta:

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho, nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família (DIAS, 2013).

Portanto, é indispensável que esse novo tipo de família receba reconhecimento e proteção do Direito, uma vez que a convivência e a afetividade configuram fatores muito mais relevantes para o bom desenvolvimento do menor que apenas laços de sangue. O retorno da criança a essa altura de sua vida seria uma terrível aposta, uma vez que pouco teria a ganhar, e tudo que já conheceu a perder.

5.3 Possíveis consequências para a menor

Após a análise do caso e das diretrizes básicas aqui comentadas, percebe-se que um possível “retorno” da menor à sua família de origem vai de encontro a inúmeros princípios basilares do direito fundamental da criança e do adolescente, sendo certo que é preciso se atentar ao fato de que a norma positivada muitas vezes se torna defasada, gerando dramáticas consequências aos envolvidos.

Certamente, aplicar o ordenamento jurídico positivamente, de maneira arcaica, não é a melhor saída para a resolução de situações tão peculiares como essa. Os intérpretes da lei devem se atentar às particularidades de cada situação, individualmente, para assim estabelecer o melhor para a criança ou adolescente.

Importante ressaltar que os princípios são as diretrizes maiores que regem a filosofia de estabelecimento e manutenção do Estado Democrático de Direito, e como tais, apesar de não possuírem força cogente, delimita e guia a atuação legislativa, vinculando a eles o norte ideológico das normas positivas.

Tirar uma criança que há anos se encontra completamente ambientada à família guardiã, oferecendo como único fundamento a norma que privilegia os laços sanguíneos é cega manifestação positivista, que ignora o nobre dever secundário dos magistrados de, não se atendo à mera aplicação da lei, exercer seu questionamento, contribuindo para a evolução de um direito menos modelo e distante, para um que se aproxime mais da realidade fática de seu povo.

Ainda, conforme mencionado acima, não há que se falar em retorno do menor ao seio de sua família biológica se, a princípio, daquele seio jamais fez parte.

Atentando-se a esse fato, devemos concluir que o termo “família substituída” é inapropriado no caso, pois na visão da menor, não existe substituição alguma, existindo tão somente a sua amada família.

Importante lembrar que a criança foi afastada de sua família biológica por ordem do Ministério Público, tendo sido provado o abandono e maus-tratos sofridos. Essa criança foi para um abrigo, onde logo depois, encontrou uma família que supriu tudo aquilo que

seu núcleo familiar original não concedeu. Com isso, após anos de convivência, seria absurdo submeter essa criança a uma torturante adaptação que em nada contribuiria senão ao fato de tornar cada vez mais presente e assombrosa na sua vida a verdade da qual devia ser protegida nos seus primeiros anos de formação pessoal: seus pais biológicos foram afastados por serem notoriamente um risco, não apenas à sua saúde física e mental, como para todo o seu desenvolvimento constitucionalmente tutelado.

A mera possibilidade de reversão da guarda em casos como o em voga traz à tona a análise da tutela do menor. Nesse sentido, aduz a Presidente da Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção (ANGAAD), Suzana Schetinni:

Essa decisão é um completo absurdo, pois esquece que a criança é um sujeito de direitos, como diz a Constituição e o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). O que é melhor para essa criança? Ela foi retirada da família biológica ainda bebê, porque o pai não trabalhava e bebia, a mãe tinha problemas psicológicos. Após mais de dois anos com a família adotiva, a Justiça decide que ela vai retornar para a família biológica. Mas tudo o que essa criança sabe da vida dela é que os pais adotivos são pais dela, que ela tem amor, tem primos, tem avós, tem uma família inteira. Agora, a gente vai dizer pra ela: "Minha querida, este pai não é mais o seu pai; esta mãe, não é mais a sua mãe". Ela não tem como entender isso. Essa decisão é uma crueldade, uma violência contra a criança (SCHETINNI, 2006).

O Dr. Sávio Bittencourt, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também se manifestou através de brilhante colocação sobre o polêmico caso:

Se a criança foi colocada em um abrigo e, depois, quando já está adaptada ao novo lar, determinam o retorno dela aos pais biológicos, ela está sendo tratada como uma coisa, como uma propriedade de sua família biológica. Não é justo desfazer os vínculos já criados. Eu tenho profundo respeito pelas decisões judiciais, sou procurador de Estado, mas essa decisão tem o meu mais sincero repúdio (BITTENCOURT, 2013).

Ainda segundo o jurista, a decisão monocrática do Desembargador Belizário de Lacerda, priorizou os direitos dos adultos em detrimento dos direitos da criança. O posicionamento do jurista foi certo, uma vez que, se essa decisão prosperar, fará com que a criança pague duas vezes por um erro do qual fora vítima antes de tudo.

Ou seja, não apenas a criança fora submetida a princípio aos maus tratos e abandono de seus pais biológicos, como, agora, já estruturada e feliz, terá seu mundo destruído em razão de uma decisão que trata de sua filiação como direito real, ignorando o amor fraterno construído, e a transferindo entre as famílias como se dela fossem verdadeiros proprietários.

Não obstante, é extremamente importante ponderar acerca do impacto desta decisão sobre o instituto da adoção no Brasil, que, por si só, já é um processo extremamente exaustivo, burocrático e desgastante para os candidatos a pais.

Na ocasião da decisão monocrática favorável aos pais biológicos, o Relator do caso embasou-se na Lei Nacional de Adoção, que dita haver a necessidade de que se esgotem todas as possibilidades de permanência da criança ou do adolescente na família de origem antes de optar pela adoção, além dos laudos confirmando a cessação da degradação e das condições nocivas à permanência do menor junto ao seio da família natural. Foi também apontado pelo Desembargador, a importância da convivência da menor com os outros seis irmãos biológicos.

Contudo, é necessário ressaltar novamente, que é preciso acima de tudo, considerar a melhor situação para a criança, respeitando o princípio do melhor interesse do menor. Na verdade, a legislação determina que seja atendida a situação da forma mais favorável ao menos, sendo certo que a aplicação do ECA e da Lei de Adoções no caso em tela fora feita de maneira descriteriosa.

Em uma situação hipotética, em que a criança houvesse ao menos conhecido e criado laços afetivos com os pais e irmãos biológicos, até poderia ser considerado um possível retorno, porém isso jamais aconteceu. Lado outro, os mencionados vínculos foram desenvolvidos com a nova família, onde a menor já se encontra totalmente adaptada, e, data vênua à decisão do douto julgador, se a convivência com os irmãos é de tamanha importância, deve-se levar em consideração também os vínculos criados com a sua irmã adotiva, que, esta sim, a conheceu, amou, zelou e teme como qualquer outra irmã temeria, pela perda de sua querida caçula.

Nesse sentido, manifesta novamente o Dr. Sávio Bittencourt que "a criança ou o adolescente tem de ficar junto com os irmãos quando não há alternativa melhor. Mas, neste caso, a menina já está adaptada à família adotiva, Essa decisão encerra um profundo preconceito contra a adoção".

Por conta do caso concreto, a indignação tem sido geral, ocorrendo, segundo a Presidente da Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção (Angaad), Suzana Schetinni, profundo receio entre os casais que pretendem adotar crianças e adolescentes. A situação tem provocado medo até mesmo naqueles pais guardiões, que já se encontram em processo de adoção dos filhos.

Como visto os danos de uma possível reversão de guarda em favor dos pais biológicos, seriam profundos e irreversíveis à criança neste caso.

Encerra-se esse tópico com as brilhantes palavras do Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Dr. Nelson Calandra, pai de cinco filhos, sendo um deles adotado, o qual atuou vários anos como Juiz de Vara de Família:

Como juiz dessa área, eu sempre me preocupei com essas alterações de guarda. A criança não é uma bola, não é um bambolê, para ficar passando de uma mão para outra. Os interesses da criança devem ser prioridade. Essa questão de só olhar para o adulto, e não para a criança, pode provocar uma decisão equivocada, que, muitas vezes, vai causar um dano grave à criança (CALANDRA, 2014).

5.4 Possíveis respostas para o caso concreto

Muito se discute sobre uma possível solução para o caso, sem que afete o menor, onde os danos sejam senão inexistentes, mínimos. Fala-se bastante no instituto da guarda compartilhada para a resolução do caso, situação onde se agradaria um pouco os dois lados. O Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, Dr. Nelson Calandra, se manifestou nesse sentido, apontando a guarda compartilhada como uma saída para o polêmico caso: "A família biológica tem o direito de ter o filho perto; a família adotiva, também. A guarda compartilhada é uma ferramenta que pode resolver. Devemos compartilhar o amor, e não disputar o ódio".

Em contrapartida, o procurador Sávio Bittencourt, não acha que a guarda compartilhada seria uma solução justa:

É uma forma de não romper o poder da família biológica, que, na verdade, deu origem a tudo isso. Se essa família se recuperou, agora já é tarde demais, pois a criança já estabeleceu outros vínculos. A guarda compartilhada só vai criar confusão na cabeça da criança (BITTENCOURT, 2013).

Sobre o instituto da guarda compartilhada ser aplicada no caso concreto em questão, o estudo do presente trabalho compartilha da

opinião do Dr. Sávio Bittencourt (2013), uma vez que a aplicação da guarda compartilhada não privaria a criança de traumas, podendo até ser pior para o seu desenvolvimento psicológico. Apesar de não ser uma alternativa descartável, certamente não é a melhor solução, principalmente porque a prioridade é sempre olhar o que é melhor para a criança, e não o que for mais satisfatório para as partes litigantes.

Da mesma forma, por meio do presente estudo conclui-se que a melhor solução seria a alteração do instituto da guarda provisória no processo de adoção. Em outras palavras, os candidatos a pais, que já estiverem em processo de adoção, não deveriam possuir uma guarda provisória tão frágil e facilmente suscetível a reversibilidade, mesmo porque, como já dito, o processo de adoção é extremamente longo, podendo ocorrer em vários outros casos o que vem ocorrendo no caso concreto analisado.

O jurista aplicador da lei deve exercer sua hermenêutica no sentido de se extrair do ordenamento interpretação que seja mais acolhedora aos princípios do Direito, observando sempre no caso concreto as particularidades que, mesmo amparadas pela lei, podem ir de encontro aos princípios mencionados.

6 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente artigo, conclui-se que a determinação de reintegrar uma criança a uma família que descumpriu o seu dever perante sua filha e a abandonou, fere o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mesmo com o que tenha motivado esse abandono não exista mais, em algum momento de sua história se desfizeram de sua vida. No entanto o melhor interesse da menor seria junto a sua família afetiva, que lhe concederam nos últimos anos a garantia de saúde, educação e segurança. Harmonizando-a em um ambiente favorável ao seu desenvolvimento.

Considerando que a menor já se afeiçoou aos pais adotivos, através da convivência, que gerou relações familiares entre eles, os laços de sangue não é o que mais importa e sim o afeto.

É preciso distinguir os conceitos de “pais verdadeiros” e de “pais genéticos”. No caso em questão, não restam dúvidas serem os pais guardiões os verdadeiros pais da criança, uma vez que, independentemente do que a lei positiva tenha a dizer, pai verdadeiro é quem deu amor, quem assumiu as responsabilidades, cuidou e acompanhou o desenvolvimento.

Para se assegurar que a tutela do menor seja observada em cada caso concreto, a lei que rege a vida dos infantes deve ser aplicada em consonância com todos os princípios constitucionais pertinentes.

A interpretação hermenêutica não pode ser afastada das considerações do julgador. Assim, no caso concreto sob análise, a solução apresentada não parece ter atentado para esta questão, aplicando normas positivas em detrimento do princípio do melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção*: do abandono à garantia do Direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

BRASIL. *Código Civil. Lei N. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso EM: 14, OUT, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 07, out, 2014.

CALANDRA, Nelson Henrique. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Renovar, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*. Saraiva, 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,princípio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>> Acesso em: 25, out, 2014.

FAMÍLIA. 1ª ed. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey, 2009

FIÚZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Plabo Stolzer e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de Família*. As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva. 2011.

NÚCLEO de bibliotecas. *Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos*: padrão Newton. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton. 2011. Disponível em: <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_Paiva_2011.pdf>. Acesso em: 02/06/2014

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais Norteadores do Direito de Norteadores do Direito de Família*. Minas Gerais: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf> Acesso em: 30, abril, 2014.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*: Teoria sóciojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHETTINI, L. *Adoção*: os vários lados dessa história. Recife: Bagaço, 2006

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. Atlas, 2009.

NOTAS DE FIM

1 Graduanda no Curso de Direito da Universidade Newton Paiva.

2 Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Valéria Edith Carvalho de Oliveira; Bernardo Gomes Barbosa Nogueira.