



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**DECISÕES JUDICIAIS CONTROVERTIDAS DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO:
uma análise jurídico-constitucional acerca da devolução dos menores às famílias biológicas**

Mariana Oliveira Lima
Renata Cristina Macedônio de Souza

Aracaju
2015

MARIANA OLIVEIRA LIMA

**DECISÕES JUDICIAIS CONTROVERTIDAS DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO:
uma análise jurídico-constitucional acerca da devolução dos menores às famílias biológicas**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da Universidade
Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

DECISÕES JUDICIAIS CONTROVERTIDAS DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO: uma análise jurídico-constitucional acerca da devolução dos menores às famílias biológicas

Mariana Oliveira Lima¹

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de realizar uma análise jurídico-constitucional acerca da devolução de crianças em processo regular de Adoção às famílias biológicas por decisão do Poder Judiciário. Para tanto, inicia pelo estudo da evolução histórico-normativa da Adoção no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar a transformação sofrida pelo instituto no Brasil. Faz-se, ainda, uma análise dos princípios que estão sendo mitigados por tais decisões judiciais controversas, quais sejam: princípio da afetividade e princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Como contraponto à aplicação dos princípios, faz-se uma análise da supervalorização da família biológica na norma legal. Por fim, busca-se analisar casos reais de devolução de crianças às famílias biológicas, discorrendo-se sobre os possíveis fatores que levam os magistrados a tomar essas decisões.

Palavras-chave: Adoção. Devolução de crianças. Famílias biológicas. Afetividade. Melhor interesse da criança e do adolescente.

1 INTRODUÇÃO

A Adoção é importante instrumento de proteção e amparo às crianças e adolescentes. A partir da Constituição Federal de 1988 a Adoção passou a ser assistida pelo Poder Público e a exigir sentença judicial, exigência esta prevista expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 47.

Essa ingerência estatal por vezes não se apresenta em consonância com princípios basilares no trato de crianças e adolescentes, como o da afetividade e o do melhor interesse do menor. A partir dessa constatação, o objetivo desse trabalho é analisar decisões judiciais

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: marianalima89@hotmail.com

controvertidas durante o processo de Adoção, mais especificamente as que envolvem devolução de menores às famílias biológicas.

De início, o desenvolvimento da Adoção no ordenamento jurídico brasileiro é analisado através da sua evolução histórico-normativa, a fim de se verificar os variados contornos assumidos por tal instituto desde sua aparição no Código Civil de 1916 até assumir a sua atual função social.

Inicia-se, em sequência, o estudo sobre a contemporaneidade da defesa da criança e do adolescente, com foco nos princípios constitucionais da afetividade e do melhor interesse do menor, objetivando demonstrar a atual importância destes princípios. Como contraponto à aplicação dos referidos princípios, é analisada a supervalorização da família biológica trazida pelo legislador nas normas legais minoristas.

Por fim, é feita análise das referidas decisões judiciais controvertidas durante o processo de Adoção. Nesta linha, discorre-se sobre possíveis fatores que levam os magistrados a tomar essas decisões, privilegiando claramente as famílias biológicas.

A indignação perante as injustiças geradas por tais decisões judiciais ao privilegiar a família natural foi a razão de desenvolvimento desse trabalho. Sua importância reside em abrir discussão sobre os casos em que decide-se a favor do fator biológico em detrimento de valores mais importantes como o afeto e o melhor interesse do menor.

Quanto aos meios, a pesquisa classifica-se como pesquisa documental e bibliográfica, efetuada em livros, sites jurídicos da Internet e legislações pertinentes, tendo como referencial teórico o entendimento de doutrinas, leis, artigos e jurisprudências voltadas a essa questão.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 foi o primeiro diploma legal brasileiro a disciplinar sobre o instituto da Adoção. O objetivo da Adoção, nesse contexto, era apenas beneficiar os pais que não podiam ter filhos. O texto estabelecia que só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada poderiam adotar, o que, segundo Molon (2009), comprova que a finalidade primordial

da adoção era suprir a vontade de pessoas inférteis e não proteger a criança ou garantir seu direito de ser criada em uma família.

A primeira importante modificação trazida pelo legislador, no campo da Adoção, ocorreu com a Lei 3.133/57: a inexistência de prole deixou de ser um requisito e diminuiu-se a idade mínima do adotante. Se antes o escopo da Adoção era atender ao interesse do adotante, como forma de remediar a esterilidade, agora o instituto assume uma finalidade assistencialista, sendo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado (RODRIGUES, 2007).

A Lei 4.655/65 introduziu em nosso ordenamento jurídico a legitimação adotiva. Através dela estabelecia-se um vínculo de parentesco entre adotante e adotando, não restando qualquer ligação com a família de sangue. Após realizada a inscrição da sentença concessiva da legitimação no Registro Civil era como se os adotantes tivessem realmente tido um filho natural e estivessem apenas registrando-o tardiamente (GONÇALVES, 2015).

Com o Código de Menores, lei 6.697/79, ficaram estabelecidas duas formas de Adoção: a adoção simples e a adoção plena, substituta da legitimação adotiva. Gonçalves (2015) assevera que, enquanto a adoção simples não desvinculava o adotado da sua família biológica, dando origem somente a um parentesco civil entre adotante e adotado, a adoção plena, por sua vez, possibilitava a inserção do adotado na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural. De qualquer sorte, o adotado ainda era visto apenas como objeto da relação jurídica e não como sujeito de direitos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos no trato do instituto da Adoção. O art. 227 introduziu o princípio da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, de pessoas em desenvolvimento e de prioridade absoluta (CERQUEIRA, 2010). A Constituição Federal de 1988 também pôs fim a qualquer discriminação entre filhos legítimos e adotados, igualando os seus direitos.

Em 1990, foi editada a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a reger a adoção das crianças e dos adolescentes. “A concepção que sustenta o ECA é a Doutrina da Proteção Integral, definida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança, que afirma o valor intrínseco da criança como ser humano” (VARGAS, 2013, p. 28).

Com o ECA aboliu-se a adoção simples, estendendo-se a adoção plena a todos os menores de 18 anos de idade.

A adoção de crianças e adolescentes rege-se, na atualidade, pela Lei 12.010/09, a Lei Nacional de Adoção. Tal lei trouxe inovações ao instituto da Adoção como prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, criação de cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limitação em dois anos da permanência de criança e jovem em abrigo (GONÇALVES, 2015). Entretanto, ainda encontra-se na lei uma tendência a supervalorizar a permanência do menor na família biológica, sendo a adoção vista como medida excepcional, somente recomendável quando esgotadas todas as tentativas de manutenção na família natural.

Conforme observado, o instituto da Adoção passou e ainda passa por importantes evoluções, assumindo novos paradigmas. Hoje, novos valores estão atrelados ao referido instituto e princípios como a afetividade e o melhor interesse da criança e do adolescente assumem papel de destaque nas relações entre os menores e suas famílias biológicas ou adotivas.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AFETIVIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VERSUS A SUPERVALORIZAÇÃO DA FAMÍLIA BIOLÓGICA NAS NORMAS LEGAIS

O Direito, por ser dinâmico, está sempre em evolução. Se antes a Adoção tinha o viés de solucionar o problema dos casais que não podiam ter filhos, hoje a Adoção apresenta uma função social com vistas a proteger integralmente as crianças e adolescentes, dando-lhes a possibilidade de crescerem em um ambiente familiar. Mais do que nunca, prioriza-se o bem-estar desses menores.

A partir da CF/88 e do ECA, o vínculo de Adoção passou a constituir-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado. Considerando, então, que a colocação em família substituta sempre dependerá de decisão judicial, avulta de importância a atividade do juiz e dos órgãos auxiliares que atuam no campo social e psicológico (VENOSA, 2012).

Nesse contexto, é fundamental ressaltar a importância dos Princípios enquanto norma suprallegal. Frisa Barroso (2009, p. 203):

[Os princípios] deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

No plano jurídico, os princípios funcionam como referencial geral para o intérprete, de forma a orientar os caminhos que devem ser seguidos. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça (BARROSO, 2009).

Conforme pontua Venosa (2012), ao decretar uma Adoção, o ponto central de exame do juiz deve ser o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe trazer. Sendo assim, para serem justas, as decisões judiciais que tratam sobre o tema devem se basear, principalmente, em dois princípios: o do melhor interesse da criança e do adolescente e o da afetividade.

Considerando-se a posição vulnerável de crianças e adolescentes, reconheceu-se que eles deveriam gozar de maior proteção. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, embora não esteja expresso na Carta Maior, foi incorporado ao direito brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988. O art. 227 da CF/88 consagra a proteção integral da criança, cujas ideias abarcam o aludido princípio.

O art. 3º do ECA também dispõe que a criança e o adolescente devem gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, sendo asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Essa proteção integral, segundo explica Tartuce (2015, p. 22), “pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças”.

A lei 12.010/09 introduziu expressamente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 100, § único, do ECA prescreve que são também princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, dentre outros, o “IV-

interesse superior da criança e do adolescente”, traduzindo-se no sentido de que somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando (GONÇALVES, 2015).

Nas situações práticas em que tutela-se direitos dos menores, a saída mais justa é basear-se no melhor interesse das crianças e adolescentes. Para Maria Helena Diniz (2015), o princípio é diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação judicial ou do divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita, dentre outros.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passou a ser comumente utilizado em decisões judiciais, ficando clara a sua inserção no contexto jurídico brasileiro. Segundo expõe Renata Malta Vilas-bôas, esse princípio tornou-se tanto orientador para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, já que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas.

Outro princípio de suma importância para as causas menoristas é o Princípio da Afetividade, que reflete o atual destaque do afeto nas relações interpessoais e é entendido como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, pontua Souza (2008).

Tal princípio não possui previsão legal específica, sendo extraído de diversos outros princípios como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana. Complementa Tartuce (2015, p. 23) que “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”.

As decisões pautadas com base no Princípio da Afetividade não são raras e demonstram uma tendência crescente entre os magistrados de levar em consideração não apenas os aspectos biológicos, mas principalmente os aspectos socioafetivos. Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 92), “descortina-se hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo do exame de DNA”.

Conforme bem aponta Ricardo Lucas Calderon (2011, p. 263), “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”. Sendo assim, o afeto presente nas relações não deve ser subjugado, sob pena de incidir, o juiz, em irremediável injustiça.

É o que também entende a Ministra Nancy Andrichi (2008), vide Recurso Especial 1.206.981/RJ: “A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. [...] A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo”.

Em suma, fica manifesta a máxima de que as decisões judiciais que envolvem os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser pautadas prioritariamente nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade.

Entretanto, a presença da supervalorização da família biológica no Estatuto da Criança e do Adolescente acabou por criar um empecilho à aplicação dos supracitados princípios. Alguns magistrados em suas decisões judiciais decidem em favor da família natural, ignorando o afeto ou o melhor interesse da criança.

Conforme extraído da leitura do art. 19, caput e §3º do ECA, o aspecto biológico ainda é visto como superior, pois a colocação em família substituta é tida apenas como medida excepcional a ser tomada quando esgotadas as possibilidades de manutenção na família natural.

Art. 19, Lei 8069/90. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, **excepcionalmente, em família substituta**, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 3º **A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência**, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (Grifo nosso)

O art. 28, §3º do ECA, ao tratar da colocação em família substituta, demonstra valorizar a afetividade, porém demonstra também mais uma tentativa de permanência da criança e do adolescente na família biológica ao levar em conta o grau de parentesco na apreciação do pedido.

Art. 28, Lei 8069/90. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 3º **Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Grifo nosso)

Segundo Ana Andréa Barbosa Maux e Elza Dutra (2010), a lei apresenta preferência à família biológica em detrimento de outras famílias. No art. 28, §3º o ECA aponta a valorização dos laços de afeto, contudo, mais uma vez, o subestima perante o laço de consanguinidade. Diz o texto que, ao ser apreciada a solicitação de alguém para adotar uma criança ou adolescente, o juiz levará em consideração o grau de parentesco e a relação afetiva entre quem está sendo adotado e quem está querendo adotar.

Há novamente uma busca pela permanência da criança no seio da família com quem possui vínculos genéticos antes de ser cogitada a possibilidade de ela ser encaminhada para uma família substituta fora do contexto biológico. Percebe-se claramente uma posição que privilegia a dimensão biológica da família, deixando a colocação em família substituta em plano secundário.

Na mesma esteira, o art. 39, §1º do ECA:

Art. 39, Lei 8069/90. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, **à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa**, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Grifo nosso)

Nota-se que a supremacia da família biológica também está presente no art. 39, § 1º. Ele traz que a adoção é medida excepcional, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

Sob a ótica de Lôbo (2011), condicionar a adoção ao interesse prévio de parentes pode ser um empecilho a inserção da criança em ambiente familiar completo, pois, em vez de contar com pais adotivos, sendo acolhido em lar regado de amor e cuidado, será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial.

O legislador valorizou excessivamente a família biológica ou natural como se a família socioafetiva também não fosse dotada de mesma dignidade. Da mesma forma, o intérprete da lei também se deixa levar pelo mesmo caminho.

O problema do apego à letra fria da lei é que, conforme explica Barroso (2009), as regras expressam decisões políticas tomadas pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se

materializassem em uma determinação objetiva de conduta e acaba, não transferindo competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação não envolverá maior criatividade ou subjetividade.

Baseando-se na supervalorização da família biológica trazida pelo legislador, alguns magistrados produzem sentenças judiciais controvertidas no campo da Adoção, ao passo que não ponderam sobre o afeto e o melhor interesse da criança.

4 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTROVERTIDAS DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO

A análise de casos práticos demonstra que algumas decisões judiciais, de forma controversa, resolvem por dar preferência à família biológica, amparadas nos artigos do ECA, ao invés de priorizar a afetividade e o bem-estar do menor.

O caso da menina Maria Eduarda, da cidade de Contagem/MG, ilustra fielmente como esse entendimento de supervalorização da família biológica está arraigado em algumas decisões judiciais. Em sentença unânime, três desembargadores da 7ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiram retirar a criança do convívio com a família substituta onde já se encontrava a dois anos e meio, e devolvê-la aos pais biológicos, com quem conviveu por apenas dois meses.

Para o relator, Belizário Lacerda, na Apelação Cível nº 1.0079.10.054532-0/001, o entendimento é semelhante ao expresso na lei, de forma que a criança deve ficar com a família biológica. Essa visão fica nítida nas suas palavras contidas no relatório da Apelação Cível, onde decidiu pelo retorno da criança à família natural:

Fica claro que a prevalência do direito da criança e do adolescente de ter uma família pertence à família biológica, ou seja, ‘toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta’. A manutenção da criança em sua própria família segue a ordem natural do desenvolvimento do homem, que, desde criança, aprende a compartilhar, com os demais membros do grupo familiar, seus problemas, seus medos, suas alegrias.

O entendimento do relator é defendido por Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 12):

O direito à convivência familiar garante ao menor ser mantido na família de origem, cabendo ao poder público promover ações para a sua proteção e

prioritariamente manter ou integrá-lo na família natural, somente promovendo sua colocação em família substituta na impossibilidade, excepcionalmente, proporcionando aos pais a mais ampla defesa e contraditório.

Ambos os posicionamentos priorizam o fator biológico, negligenciando o afeto como valor jurídico. Sob a ótica de Lôbo (2011, p. 57), “fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior”.

A decisão do juiz, baseou-se no art. 19 do ECA, que aponta que a manutenção ou reintegração da criança ou adolescente em sua família biológica tem preferência em relação a qualquer outra providência. Tal postura acaba por desconsiderar toda a relação afetiva construída entre a menor e sua família substituta como também o melhor interesse da criança, que já estava adaptada a sua nova família e não tinha qualquer vínculo com a família natural.

Importante ressaltar que a menor Maria Eduarda e mais seis irmãos foram afastados da guarda dos pais biológicos por motivos de maus-tratos e abandono, fato que demonstra que para proteção integral da criança o mais correto seria sua permanência junto à família substituta. Alheio a isso, o entendimento do relator foi de acolhimento do parecer técnico que relatou que a família de origem encontrava-se agora apta para receber novamente seus filhos em sua companhia.

Em situação semelhante decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo de forma oposta, dando a guarda à família que acolhera o menor em detrimento da natural, por não aceitar a posterior reorganização da família biológica como justificativa plausível para a reversão da guarda do menor:

Pátrio poder (poder familiar) – Abandono de filho – Criança em situação precária de saúde – Sobrevivência assegurada pela colocação em família substituta como medida de emergência – Decurso de tempo que favoreceu a integração da menina no novo lar – **Posterior reorganização provisória da família biológica – Fato que não justifica a reversão da guarda** – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP – Apelação Cível nº 25.472-0 – Bananal – Câmara Especial – Rel. Lair Loureiro – 29-6-95 – v.u.) (Grifo nosso)

O caso de Maria Eduarda evidencia tanto o desrespeito ao princípio da afetividade, tendo em vista que a decisão judicial não levou em conta os vínculos afetivos criados entre a criança e seus pais substitutos, sua única referência familiar, quanto o desrespeito ao princípio do melhor

interesse do menor, pois a permanência na família substituta, onde a criança já havia estabelecido vínculos, era a melhor opção para a menina Duda.

Outro caso polêmico, e que corre em segredo de justiça, foi a devolução do menor Nicolas à mãe biológica. A genitora, usuária de drogas, abandonou o menor no hospital e Edna Aparecida Passos, já com a guarda de outros dois irmãos biológicos de Nicolas, acolheu a criança, após consultar não apenas a mãe biológica, como tios e avó do menino. Após cinco anos de convívio com a família substituta, uma decisão judicial determinou a devolução do menor à mãe natural.

A forma como o menor Nicolas foi inserido na família substituta constitui adoção *intuitu personae*, que é a conhecida adoção consensual onde a família biológica entrega a criança em adoção à pessoa conhecida. Visando evitar manipulações e favorecimentos indevidos, o legislador da Lei nº 12.010/09 claramente restringiu tal modalidade de adoção. O que o ECA estipula é que a regra para adoção é se seguir o cadastro de adotantes (art. 50 da lei 8069/90), para evitar fraudes ou desvio de finalidade, explica Ishida (2015).

Acontece que, embora a adoção de Nicolas não tenha obedecido o referido cadastro, não se pode ignorar o vínculo afetivo estabelecido após cinco anos de convívio com a família substituta. Nesse sentido o enunciado nº 4 do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo: “A ordem do Cadastro a que se refere o artigo 50 do ECA não é absoluta, na medida em que deve ser compatibilizada com os interesses superiores da criança.”.

Esse foi também o juízo feito pela Relatora Hilda Teixeira da Costa em Apelação Cível Nº 1.0194.12.006162-8/002 que devolveu a guarda do menor Nicolas à família substituta:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO. - O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira". - Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da

criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuito personae'. - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança. - **A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar.** (TJ-MG, Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 27/01/2015, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL) (Grifo nosso)

A relatora entendeu que seria prejudicial ao menor a sua retirada do convívio da família afetiva tendo em vista ser essa a única família que conheceu e com quem formou laços de afetividade. Aqui, ao contrário da decisão que determinou o retorno de Nicolas à família biológica, houve profundo respeito aos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Acerca de outra decisão controversa, o Tribunal de Justiça do Maranhão analisou caso de menor que, diante da omissão dos pais quando de seu nascimento, passou a viver com a família da Sra. Maria Helena durante toda sua vida. A mãe substituta ingressou com ação de destituição de poder familiar, entretanto o juiz de primeiro grau deferiu a guarda da infante ao pai biológico, Sr. Willard Campos Gonçalves.

Mais uma vez, a relação de afetividade não foi levada em consideração tendo em vista que a menor já encontrava-se a nove anos com a família substituta, totalmente inserida e adaptada à esta família. Da mesma forma o melhor interesse da criança foi mitigado, pois se seus pais biológicos foram omissos quando do seu nascimento, a melhor opção seria mantê-la com os pais substitutos, que sempre lhe ofereceram proteção, cuidado e carinho.

O Ministério Público interpôs apelação, que foi recebida no efeito suspensivo, com a decisão acertada de retorno da menor à Sra. Maria Helena, mãe substituta, em atenção aos princípios do melhor interesse da criança e da afetividade. Discordando, o Sr. Willard interpôs agravo, afirmando que a menor deveria permanecer com a família biológica. A referida corte negou provimento ao agravo, mencionando:

Consoante ponderei na decisão agravada, na hipótese dos autos, a Sra. Maria Helena Serra de Castro é quem detém a guarda da menor R. C. B. G, pois, diante da omissão dos pais quando de seu nascimento, esta passou a viver, desde então, com a família da Sra. Maria Helena - ou seja, durante toda sua vida - 9 (nove) anos -, que a acolheu, dela cuidou e proveu suas despesas até a presente data. Desta feita, **retirar a infante do lar em que cresceu e do convívio de sua família socioafetiva, antes do trânsito em julgado do processo, acarreta-lhe instabilidade e insegurança.** (AGRAVO REGIMENTAL Nº 02.404/2015 NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 56.844/2014 - SÃO LUÍS - Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/02/2015, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL) (Grifo nosso)

Juntam-se a esses três casos relatados inúmeros outros, vítimas de decisões judiciais que determinam a devolução de crianças em processo regular de adoção aos pais biológicos. Em audiência pública realizada em 29 de abril de 2014 pelos menos 12 episódios desse tipo foram discutidos, o que demonstra que há uma perigosa tendência em retirar crianças dos seus lares afetivos em prol da preferência legal pela família biológica.

Alguns desses casos apresentam desfecho positivo, com retorno da criança ao lar onde estabeleceu vínculos de afeto como prova de respeito ao melhor interesse do menor. Entretanto, outras crianças não são da mesma forma agraciadas pela justiça e, de forma traumática, são compelidas a conviver com a família biológica, embora não exista qualquer laço entre o menor e sua família de sangue, trazendo sofrimento não só para a criança como também para a família substituta, que se vê obrigada a devolver o seu filho do coração.

5 CONCLUSÃO

Ante a disparidade entre legislação e princípios, criou-se um impasse em casos relativos a processos de Adoção. De um lado a lei, claramente privilegiando a família biológica por julgar ser esta a mais correta detentora da guarda dos menores, e do outro, os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, que, se aplicados, tendem à manutenção da guarda com os pais socioafetivos.

As decisões judiciais que retiram crianças e adolescentes do seu ambiente socioafetivo e as devolvem aos seus pais biológicos demonstram subjugar o afeto e a condição do menor como pessoa de direito, merecedor de atenção ao seu melhor interesse.

O elo biológico entre pais e filhos não deve ser considerado suficiente para construir uma relação entre os mesmos. A verdadeira paternidade é aquela que conjuga não apenas o critério biológico, mas também o afetivo. Porém, havendo impossibilidade dessa conjugação deve-se privilegiar a afetividade.

Nesses moldes, nota-se que o fator predominante existente nas relações familiares é o afeto que, por sua vez, ao conflitar com o laço genético deve sobressair, de forma a assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Como visto, a inteligência de alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente dá à família biológica um status superior, inferiorizando-se a família adotiva. Cabe ao juiz, intérprete da lei, optar pela verdade dos fatos e aplicar os princípios da afetividade e do melhor interesse do menor, evitando a simples aplicação da letra fria da lei. A interpretação da lei se faz necessária considerando-se que o direito está sempre em evolução.

Por fim, não há como ser justa, embora enquadrada nos ditames legais, uma decisão que passe por cima dos valores da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Nas palavras do jurista Eduardo Juan Couture: “Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrases em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> Acesso em 02 abr. 2015.

_____. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957**. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. **Lei nº 4.655, de 2 junho de 1965**. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm> Acesso em: 02 abr. 2015

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Leis/1970-1979/L6697.htm> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. **Lei nº 8069, 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/18069.htm> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069/90, 8.560/92; revoga dispositivos da Lei nº 10.406/02, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.206.981/RJ.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>> Acesso em: 12 abr. 2015.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>> Acesso em: 06 abr. 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda.** Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito Ponte Luz de Pádua. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: teoria e prática.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro 5: direito de família.** 30. ed. São Paulo, SP: Livraria Saraiva, 2015.

DUTRA, Elza; MAUX, Ana Andréa Barbosa. **A adoção no Brasil: algumas reflexões.** Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v10n2/artigos/pdf/v10n2a05.pdf> p. 362-363> Acesso em: 15 abr. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.** 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 02.404/2015 na Apelação Cível nº56.844/2014**, da 2ª Câmara Cível. Relator: Antônio Guerreiro Júnior. São Luís, 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165420982/agravo-regimental-agr-24042015-ma-0020014-3420098100002/inteiro-teor-165421004>> Acesso em: 11 abr. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0194.12.006162-8/002**, da 2ª Câmara Cível. Relatora: Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165441237/apelacao-civel-ac-10194120061628002-mg/inteiro-teor-165441417>> Acesso em: 04 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0079.10.054532-0/001**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Belizário Lacerda. Belo Horizonte, 09 de Abril de 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114947757/apelacao-civel-ac-10079100545320001-mg/inteiro-teor-114947823>> Acesso em: 11 abr. 2015.

MOLON, Gustavo Scaf de. **Evolução histórica da adoção no Brasil**. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13034:imported_13004&catid=32&Itemid=181>. Acesso em: 16 abr. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. Volume 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 25.472-0**, Câmara Especial. Relator: Lair Loureiro. São Paulo, 29 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/5302582863986688>> Acesso em: 04 abr. 2015.

SOUSA, Andreaze Bonifacio de. **O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>. Acesso em: 03 mai. 2015.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil 5: direito de família**. 10. São Paulo: Editora GEN/Método, 2015.

VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. 2 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12> Acesso em: 16 abr. 2015.

JUDICIAL CONTESTED DECISIONS DURING ADOPTING: a legal and constitutional analysis about the return of the children to the biological families

ABSTRACT

This study intends to conduct a legal and constitutional analysis about the return of children in regular process of adoption to biological families by decision of the judiciary. For this, start by studying the historical-normative development of Adoption in the Brazilian legal system, in order to demonstrate the transformation undergone by the institute in Brazil. It is also an analysis of the principles being mitigated by such controversial court decisions, namely: the principle of affection and principle of the best interests of the child and adolescent. As a counterpoint to the principles, it is an analysis of the overvaluation of the biological family in the legal norm. Finally, it seeks to analyze real cases of the return of children to biological families if discoursing on the possible factors that lead judges to make these decisions.

Key words: Adoption. Return of children. Biological families. Affectivity. Best interests of the child and adolescent.