



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

NATÁLIA SILVA OLIVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL SOBRE A
SUBSTITUTA EM FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

**BRASÍLIA
2015**

NATÁLIA SILVA OLIVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL SOBRE A
SUBSTITUTA EM FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

**BRASÍLIA
2015**

NATÁLIA SILVA OLIVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL SOBRE A
SUBSTITUTA EM FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, de de 2015.

Banca Examinadora

Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

**BRASÍLIA
2015**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, apoiadores, incentivadores e financiadores dessa etapa acadêmica.

AGRADECIMENTO

À Deus, que sempre se mostrou tão presente, nos momentos de angústia e falta de inspiração, e, agora, no momento do alívio de concluir essa etapa acadêmica.

Aos meus pais, Lucimar e Evandro, que incentivaram e financiaram mais essa realização, à minha mãe pela paciência com os corriqueiros estresses acadêmicos, ao meu pai pela confiança no meu êxito.

Aos meus amigos que compartilharam comigo momentos de felicidade e tristeza no decorrer do curso, em especial à Laís Turra, em quem busquei apoio e compartilhei as dificuldades e pressões do final do curso de Direito.

Aos familiares pelo apoio e compreensão das minhas ausências em razão da faculdade. Ao meu orientador, Júlio Lérias, pela dedicação, compartilhando comigo seus conhecimentos, e pela paciência nos atendimentos fora de hora.

Aos meus professores, que me estimularam ao estudo e proporcionaram o conhecimento necessário ao desenvolvimento deste projeto.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste sonho.

Muito obrigada!

RESUMO

O trabalho monográfico aborda o tema da possibilidade de relativização do princípio da prevalência da família natural, em face do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Além de comprovar a possibilidade de relativização da medida de manutenção ou reintegração do menor em situação de vulnerabilidade ao seu lar natural, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, o estudo visa demonstrar as consequências que a preferência a essa medida pode gerar ao infante no caso concreto. O texto identifica as possibilidades de uma família substituta atender às necessidades afetivas, psicológicas e materiais de um menor, tanto quanto a de uma família natural. E, entendendo que por vezes o que atenderá ao melhor interesse da criança e do adolescente é a colocação em família substituta, é que a pesquisa se funda na defesa da relativização da prevalência da família natural.

Palavras-chaves: Civil. Família Natural. Família Substituta. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	11
1.1 <u>Princípios Gerais</u>	11
1.2 <u>Princípio da Prevalência da Família</u>	16
1.3 <u>Relativização da Prevalência da Família Natural em face do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente</u>	23
2 PROTEÇÃO JURÍDICA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	30
2.1 <u>O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988</u>	30
2.2 <u>O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002</u>	35
2.3 <u>O melhor interesse da Criança e do Adolescente no Estatuto da Criança e do Adolescente</u>	42
3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL EM FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	49
3.1 <u>Julgado Favorável à relativização da prevalência da família natural sobre a substituta</u>	49
3.1.1 <i>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. QUINTA TURMA. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO 1998 01 3 001687-6</i>	49
3.2 <u>Julgado desfavorável à relativização da prevalência da família natural sobre a substituta</u>	53
3.2.1 <i>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. OITAVA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO 1.0079.10.054532-0/001</i>	53
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Este trabalho tratará da possibilidade e necessidade de relativização do princípio da prevalência da família considerando o melhor interesse da criança e do adolescente. Essa é uma discussão que permeia o ambiente jurídico atual, já que interfere diretamente no processo de adoção, que nada mais é do que a integração de um indivíduo em uma família substituta.

Os artigos 19, *caput*, e 100, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente determinam a excepcionalidade da medida de colocação de uma criança ou adolescente em uma família substituta, dispondo que seja dada preferência àquelas que mantenham ou reintegrem o menor em sua família natural, entendimento este que resume o princípio da prevalência da família natural.

Ao considerar que cada caso apresenta suas peculiaridades, sendo diferentes os motivos de afastamento do menor do lar natural, as possibilidades da família natural reabilitar-se, bem como as consequências que o esgotamento das medidas e a efetiva reintegração poderão ocasionar à criança, surge a questão: A manutenção ou reintegração do infante em sua família natural representará, em todos os casos, o seu melhor interesse? É o que esta monografia dirá com a hipótese da relativização da prevalência da família natural sobre a substituta em face do melhor interesse da criança e do adolescente.

A tese da relativização ao princípio ganha força ao se denotar que o Direito de Família contemporâneo aponta para um modelo aberto de entidade familiar, que prima pelos laços de afeto e respeito entre seus membros, demonstrando que não apenas o lar natural é capaz de garantir o desenvolvimento saudável e ideal de uma criança ou adolescente.

Analisa-se, ainda, que qualquer decisão ou medida adotada que envolva um menor esbarra no princípio do melhor seu interesse, princípio fundamental e orientador da aplicação das normas menoristas, e que determina que os interesses do menor sejam sempre garantidos e prevalecidos sobre os dos demais indivíduos envolvidos na situação concreta, inclusive os da família biológica.

O capítulo 1 traz, primeiramente, uma abordagem doutrinária dos princípios jurídicos que norteiam o campo do Direito da criança e do adolescente, dando uma conceituação genérica dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta, da indisponibilidade dos direitos do menor, e, de forma mais pormenorizada e aprofundada, no princípio da prevalência da família natural.

A análise minuciosa do princípio da prevalência perpassa pela conceituação dos institutos da família natural, extensa e substituta, além da exposição das medidas de colocação do menor nesta última, quais sejam a guarda, a tutela e a adoção e as situações em que cada medida será tomada.

Reserva-se um tópico para tratar especificamente da relativização de prevalência da família natural em face do melhor interesse do menor, enfatizando que este se configura como limitador do poder familiar, na medida em que o filho deixa de ser considerado objeto da vontade dos pais e torna-se sujeito de direitos, com prioridade absoluta de seus interesses em detrimento dos demais integrante da família que participa.

O capítulo 2 faz uma análise da abordagem dada pelo ordenamento jurídico ao melhor interesse da criança e do adolescente, reservando o capítulo para tratar do assunto já que tal princípio consiste em limitador e meio legítimo de relativizar a prioridade absoluta que a legislação menorista emprega às medidas de reintegração e manutenção do menor em sua família biológica. Perpassa pela prioridade dada ao interesse do menor sob a óptica da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No capítulo 3, há a apresentação de jurisprudências, sendo um julgado favorável à tese da relativização, e outro desfavorável. No primeiro, favorável, procura-se a demonstração da possibilidade de o aplicador do direito relativizar a medida de reintegração de um menor ao seu lar natural, na análise do caso concreto, considerando que permanecer na família substituta prevaleceria o melhor interesse do menor.

No segundo, desfavorável, os argumentos do aplicador do direito são combatidos, procurando demonstrar que aplicação seca da letra da lei pode atentar seriamente ao princípio do melhor interesse do menor.

Por fim, com o objetivo de se comprovar a viabilidade da relativização do princípio da prevalência da família natural, a metodologia utilizada neste trabalho diz com a pesquisa bibliográfica e documental, como pesquisa a livros doutrinários, artigos de defensores da tese, jurisprudência e legislação específica, qual seja: a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12.010/2009 (Nova Lei de Adoção).

1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Buscando fundamentar o entendimento defendido, este capítulo trará, primeiramente, uma abordagem doutrinária dos princípios jurídicos que norteiam o campo do Direito da criança e do adolescente, dando uma conceituação genérica dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta, da indisponibilidade dos direitos do menor, e, de forma mais pormenorizada e aprofundada, no princípio da prevalência da família natural.

1.1. Princípios Gerais

No Brasil, a consolidação dos direitos da criança e do adolescente se deu pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/1990, que veio para regulamentar o artigo 227, da Constituição Federal de 1988.

Nas disposições preliminares, o Estatuto da Criança e do Adolescente expõe direitos, normas e políticas sociais dos quais derivam os princípios gerais do Direito da Infância e Juventude, norteadores da interpretação legislativa e da aplicação prática da norma, em situações que envolvam crianças e adolescentes.¹

Entre os princípios genéricos, temos alguns basilares, que serão aqui abordados, quais eles o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, da prioridade absoluta, do melhor interesse do menor, da cooperação, da municipalização, da indisponibilidade dos direitos do menor e da prevalência da família natural. Princípios que estão encadeados, devendo ser aplicados em conjunto.

O Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente traduz uma regra basilar do direito da infância e da juventude, compreendido na necessidade de

¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

se observar e respeitar a condição peculiar da criança e do adolescente, como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direito.²

Com esse princípio, a criança e o adolescente deixa a categoria de objeto de tutela estatal, tornando-se sujeitos e detentores de todos os direitos e garantias fundamentais resguardados à pessoa humana, devendo ser observada a condição peculiar de serem pessoas em desenvolvimento.³

A família, a sociedade e, principalmente, o Estado, são responsáveis pela proteção integral dos direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, liberdade, convivência familiar e comunitária do menor, e ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Essa proteção, diferenciada, especializada e integral, poderá ser efetivada através de políticas públicas eficazes para proporcionar o pleno desenvolvimento e a defesa dos direitos dessa parcela vulnerável da população.⁴

A melhor definição do Princípio da Prioridade Absoluta decorre da interpretação literal de seus vocábulos, sendo, a preferência dada a alguém – prioridade - de forma incondicional, superior a todos os outros – absoluta.⁵

Assim, prelaçiona tal princípio que, sempre que estiver em confronto um interesse da criança e do adolescente com um interesse do Estado, àquele deve ser dada prioridade absoluta.⁶

² SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações familiares**, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> Acesso em: 25 out 2014.

³ **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

⁴ MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?**, 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 20 ago 2014.

⁵ **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

A prioridade se justifica pela condição de fragilidade natural do menor, sendo seres ainda em formação moral, física e intelectual, que carecem de proteção especializada, diferenciada e integral.⁷

Eliane Araque Santos, em considerável percepção, frisa que a prioridade absoluta no atendimento às necessidades do infante, enquanto pessoas em desenvolvimento, pelo Estado, sociedade e família, são precondição para a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas e maduras.⁸

Se de uma forma a prioridade absoluta impõe a prevalência dos direitos do infante sobre os demais, de outra, o Princípio do Melhor Interesse do Menor serve como norteador para que seus interesses sejam garantidos na prática. Aparece como um princípio hermenêutico, orientando legisladores e juristas a dispor e decidir por medidas que atendam ao melhor interesse da criança e do adolescente.⁹

O melhor interesse do menor deve ser observado sempre quando da tomada de alguma medida, considerando, sobretudo, suas necessidades em detrimento dos interesses de seus pais, analisando-se sempre o caso em concreto.¹⁰

Os profissionais da área da infância e da juventude, principalmente, devem sempre levar em conta que são a criança e o adolescente os destinatários da

⁶ ARAUJO Jr., Gediel Claudino de. **Prática no estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

⁷ **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20_vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

⁸ SANTOS, Eliane Araque, 2006 apud SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações familiares**, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> Acesso em: 25 out 2014.

⁹ **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20_vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança e do adolescente: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

proteção integral e da prioridade absoluta, sopesando sempre seus interesses, ainda que se apresentem conflitos com outros princípios ou normas.¹¹

Para que sejam alcançados os efeitos almejados, fundamental que haja colaboração da família, responsável de forma direta e imediata pelos cuidados com o menor, do Estado, que possui função jurisdicional de proteção aos seus interesses individuais, e da sociedade, que, como em uma extensão desse dever estatal, assume aqui um papel importante de custódia e fiscalização do cumprimento a esses direitos onde o Estado não consegue alcançar.¹²

Tal colaboração perpassa o campo da moral e da ética, representando um real dever jurídico a ser cumprido, vindo a ser traduzido pelo Princípio da Cooperação, que exige esse apoio mútuo de todos, Estado, família e sociedade, na tutela e na prevenção de ameaça a direitos da criança e do adolescente.¹³

De forma a facilitar o atendimento e aumentar a eficácia na proteção dos direitos do infante, o Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou o Princípio da Municipalização, ao distribuir atribuições, antes privativas da União e do Estado, entre os municípios.¹⁴

A “municipalização”, diante da complexidade das relações sociais, possibilita um acompanhamento mais próximo e direcionado à realidade social de cada região.¹⁵ Conhecendo os problemas nos limites de sua localidade, o município terá

¹¹ OLIVEIRA, Shawanna Reis De. **Os princípios constitucionais frente aos direitos da criança e do adolescente**, 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/os-principios-constitucionais-frente-aos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/53272/>>. Acesso em: 27 out. 2014.

¹² **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

¹³ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 27 ago. 2014.

¹⁴ **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

¹⁵ **Manual do promotor de justiça da infância e da juventude**, Parte Geral – Vol. I.

melhor possibilidade de avaliar a forma mais adequada de execução e coordenação de programas assistenciais.¹⁶

Em questão prática, quanto mais perto se conhecer o problema que passam crianças e adolescentes que vivem em determinado meio, mais eficiente será a assistência e a adoção de eventuais medidas de proteção.¹⁷

Como já dito ao tratar do princípio da cooperação, é dever não só do Estado proteger os interesses do menor, mas também da sociedade e da família, sendo desta o dever primordial de criar, educar e prestar assistência moral e material aos seus integrantes menores.¹⁸

Considerando esse importante papel da família para a formação da criança e do adolescente, a legislação referente à infância e juventude elegeu o a família natural como prioridade, premissa essa reduzida ao Princípio da Prevalência da Família.

De acordo com esse princípio, a família natural ou biológica é a entidade na qual a criança e o adolescente devem permanecer, e só na sua manifesta impossibilidade ocorrerá o acolhimento do menor em família extensa, substituta ou em instituição de apoio.¹⁹

Assim, as medidas de assistência ou acolhimento deverão ter, em princípio, objetivo de reintegração familiar, ocorrendo a inserção do menor em lar substituto

Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20_vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

¹⁶ SEDA, Edson. ECA comentado: Art. 88, Livro2 – Política de atendimento. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-88livro-2---tema-politica-de-atendimento>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

¹⁷ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 27 ago. 2014.

¹⁸ ISHIDA, Kenji Valter. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

¹⁹ ISHIDA, Kenji Valter. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

apenas após acompanhamento técnico-jurídico verificatório e decisão judicial fundamentada.²⁰

Muitos são os princípios explanados pela doutrina, porém, aqui foram apresentados os que embasarão e auxiliarão no desenvolvimento do tema deste trabalho, considerando que a compreensão de tais princípios é de grande relevância para a interpretação normativa, a seguir abordada, que rege esse ramo do Direito.

1.2. Princípio da Prevalência da Família

A Constituição Federal de 1988, como um dos meios de garantir o pleno desenvolvimento do indivíduo, e em atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, promove a família como entidade fundamental para a preparação do ser para a convivência em sociedade.²¹

O ordenamento jurídico que rege os direitos da infância e da juventude, evocando o princípio constitucional da dignidade humana, também destaca a ideia de que o convívio no seio da família é essencial para o bom desenvolvimento do ser humano, principalmente ao se tratar de crianças e adolescentes, considerando serem indivíduos em processo inicial de formação.²²

Ao assegurar aos infantes o direito à convivência no seio de sua família, onde, idealmente, é o ambiente onde as relações são pautadas no amor, no respeito e no cuidado, a legislação menorista elegeu o princípio da prevalência da família como norteador na aplicação de medidas de proteção.²³

²⁰ ISHIDA, Kenji Valter. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

²¹ FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. **Família: a reafirmação pela Lei nº. 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, de sua importância para a proteção constitucional da criança e do adolescente**. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8258>. Acesso em: 04 set 2014.

²² FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. **Família: a reafirmação pela Lei nº. 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, de sua importância para a proteção constitucional da criança e do adolescente**. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8258>. Acesso em: 04 set 2014.

²³ FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. **Família: a reafirmação pela Lei nº.**

Como já tratado genericamente no tópico anterior, o princípio da prevalência da família estabelece a preferência na tomada de medidas com o objetivo de manter ou reintegrar a criança e o adolescente na sua família natural, e, no caso de impossibilidade, promover sua integração em família extensa ou substituta.²⁴

Importante distinguir estes três institutos familiares: família natural, extensa e substituta. A família natural é a de origem, formada pelo pai e mãe, ou qualquer um deles, e seus descendentes, sendo o primeiro núcleo familiar. A família extensa ou ampliada, como o próprio nome sugere, é a que extrapola a unidade dos pais e filhos, sendo formada por parentes próximos com os quais o menor possui vínculos sentimentais, como, por exemplo, avós, tios e primos.²⁵

A colocação em família substituta é a medida mais excepcional trazida pelo princípio da prevalência da família, já que rompe definitivamente os laços com a família biológica, originando uma nova relação de parentesco. Tal medida excepcional se efetiva de três maneiras: pela guarda, tutela ou adoção.²⁶

A guarda é uma medida que confere à criança e ao adolescente a condição de dependente, competindo ao guardião do menor, além de sua representação jurídica, assistência material, afetiva e educacional. Contudo, pelo seu caráter transitório, nesse instituto não há a alteração da filiação ou do registro civil, podendo ser mudada ou renunciada a qualquer tempo, mediante decisão judicial.²⁷

12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, de sua importância para a proteção constitucional da criança e do adolescente. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8258>. Acesso em: 04 set 2014.

²⁴ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”.** Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

²⁵ AMIM, Andréia. **Caderno de apoio MATER: espécies de família.** Disponível em: <<http://masterjurisonline.com/wp-content/uploads/2014/01/CAM-FlexA-Fam%C3%ADlia-e-Sucess%C3%B5es-02.pdf>> Acesso em: 01 set 2014.

²⁶ AMIM, Andréia. **Caderno de apoio MATER: espécies de família.** Disponível em: <<http://masterjurisonline.com/wp-content/uploads/2014/01/CAM-FlexA-Fam%C3%ADlia-e-Sucess%C3%B5es-02.pdf>> Acesso em: 01 set 2014.

²⁷ **Tribunal de Justiça do Estado do Goiás: colocação em família substituta: guarda,**

Em situações de manifesto risco à integridade física ou psicológica, ou violação de seus direitos, os menores deverão ser imediatamente acolhidos em abrigos, famílias guardiãs ou adotivas em estágio de convivência, onde permanecerão até que se resolva a situação em definitivo.²⁸

O instituto da tutela se dá em situações específicas, quando os pais morrem, são julgados ausentes ou são destituídos do poder familiar, assumindo o tutor o dever de guarda e administração dos bens do menor. Assim como a guarda, a tutela também pode ser revogada.²⁹

A adoção é medida mais complexa, já que o acolhimento se dá de forma definitiva. Famílias interessadas na adoção são previamente inscritas junto ao juízo da infância e juventude e habilitadas após avaliações psicossociais.³⁰

O vínculo é constituído por sentença judicial, pela qual é alterado o estado de filiação, atribuindo a condição de pai e filho entre adotante e adotado para todos os efeitos legais e desfazendo-se totalmente o elo da criança com os pais biológicos. Após o trânsito em julgado da decisão de adoção, esta se torna irrevogável.³¹

Além da questão afetiva, encontrar-se em um modelo de família juridicamente reconhecida possibilita aos seus membros certos direitos que não são reconhecidos de forma equivalente àquelas sem a tutela estatal. Daí, também, a importância de

tutela e adoção. Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/comarca-juizado-infancia-juventude-aparecida-de-goiania/guarda-tutela-e-adocao>> Acesso em: 30 ago 2014.

²⁸ **COLEÇÃO** Conhecendo a 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal: adoção, orientação às gestantes, guarda e tutela. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-do-df/adocaoGuarda.pdf>> Acesso em: 29 ago 2014.

²⁹ **COLEÇÃO** Conhecendo a 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal: adoção, orientação às gestantes, guarda e tutela. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-do-df/adocaoGuarda.pdf>> Acesso em: 29 ago 2014.

³⁰ **COLEÇÃO** Conhecendo a 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal: adoção, orientação às gestantes, guarda e tutela. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-do-df/adocaoGuarda.pdf>> Acesso em: 29 ago 2014.

³¹ **Tribunal de Justiça do Estado do Goiás: colocação em família substituta: guarda, tutela e adoção.** Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/comarca-juizado-infancia-juventude-aparecida-de-goiania/guarda-tutela-e-adocao>> Acesso em: 30 ago 2014.

uma solução rápida, eficaz e definitiva no acolhimento da menor, seja em família consanguínea, afetiva ou social.³²

A família surge como um lugar privilegiado do exercício do cuidado, para o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades daqueles que a integram. O afeto e cuidado que se espera haver nas relações intrafamiliares extrapola o campo de caráter moral e atinge o campo legal, tornando-se um verdadeiro dever jurídico.³³ O convívio da criança e do adolescente no seio familiar deve lhes trazer benesses e possibilidades para um adequado desenvolvimento.³⁴

A experiência de conviver em ambiente doméstico trata-se de uma complexa relação social, devendo o direito assimilar os obstáculos e problemas postos pelas situações concretas que abalam a manutenção dos laços familiares para prever as consequências jurídicas das mais variadas ordens.³⁵

Quando a adversidade se instaura no âmbito familiar é que se denota a intervenção e tutela do Estado em prol do princípio da prevalência da família, protegendo o menor quanto aos seus direitos violados, e, se o caso, substituindo deveres ou retirando poderes legais de seus membros.³⁶

Com a aplicação prática do princípio da prevalência da família, se os genitores agem de forma negligente, descumprindo as suas funções essenciais no cuidado com a criança e o adolescente, os órgãos de proteção competentes

³² HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar.** In: PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

³³ HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar.** In: PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

³⁴ FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. **Família: a reafirmação pela Lei nº. 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, de sua importância para a proteção constitucional da criança e do adolescente.** 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8258>. Acesso em: 04 set 2014.

³⁵ HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar.** In: PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

³⁶ HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar.** In: PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

investigam as causas do problema e as soluções e intervenções necessárias para que se restabeleçam os direitos fundamentais infantojuvenis.³⁷

Pelo que dispõe a legislação constitucional e infraconstitucional relacionadas às garantias fundamentais do menor, o Ministério Público é a entidade responsável na adoção de providências para a criação e promoção de políticas públicas garantidoras do direito à convivência familiar.³⁸

As políticas públicas nesse âmbito devem visar a prevenção da medida extrema que é o acolhimento institucional, através de programas de apoio às famílias de origem, e, nos casos em que a institucionalização seja indispensável, através de medidas que possibilitem e assegurem a formação de novos vínculos familiares.³⁹

Ressalte-se que a finalidade precípua das ações interventivas, com base no princípio, deve ser sempre o resgate dos vínculos familiares, propiciando o retorno do menor à sua família de origem, com todo acompanhamento e apoio necessários para que não se legitime nem se incentive o abandono parental.⁴⁰

³⁷ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

³⁸ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

³⁹ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

⁴⁰ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

Nessa linha, estando configurado o risco ou enfraquecimento dos vínculos familiares, os métodos de assistência devem exaurir as possibilidades de preservação dos mesmos, seja com apoio no âmbito econômico ou na interação afetiva do grupo familiar.

Embora seja de responsabilidade do Estado o desenvolvimento de programas, projetos e estratégias para reconstituição de vínculos familiares originários ou para a constituição de novos vínculos, compete a todos os atores sociais a efetivação do direito de toda criança e adolescente de ter uma família e de receber tratamento adequado nela.⁴¹

A sociedade pode atuar interagindo com o poder público de modo a denunciar casos de abuso de direitos do infante, sugerir medidas de proteção que julguem ser mais eficazes ao caso, ou, ainda, discutir, criticar e fiscalizar as medidas já implementadas.⁴²

Em um processo de tomada de decisão, essencial é a quantidade e a qualidade de dados disponível sobre cada caso. O que acontece na prática, segundo profissionais da área, é que as informações que se consegue obter são muitas vezes imprecisas e contraditórias, dificultando o direcionamento das medidas de prevenção ou proteção a serem tomadas.⁴³

Daí a importância do auxílio da sociedade, já que possibilita a coleta de informações mais precisas e um julgamento mais objetivo das situações em concreto. Por exemplo, uma pessoa que presencia na casa vizinha reiteradas

⁴¹ HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar.** In: PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

⁴² FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. **Família: a reafirmação pela Lei nº. 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, de sua importância para a proteção constitucional da criança e do adolescente.** 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8258>. Acesso em: 04 set 2014.

⁴³ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”.** Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

situações de maus tratos sofridos por uma criança pelo pai alcoólatra, poderá levar informações precisas aos órgãos de proteção, para que a intervenção se dê imediatamente e seja no sentido de tratamento da doença do pai.

A problemática do princípio da prevalência da família gira em torno justamente da primazia que é dada à aplicação de medidas de reintegração familiar, seja qual for o caso de violação a direito do infante no seio familiar, independente dos motivos do acolhimento ou das características da família.⁴⁴

Juristas atuantes na área do Direito da Família salientam que, na interpretação do princípio da prevalência da família, não deveria haver qualquer relação hierárquica entre as medidas de colocação em ambiente familiar, devendo ter o legislador apenas diferenciado tais medidas.⁴⁵

Essa posição se pauta na ideia de que a tomada de decisão sobre a medida a ser seguida deve analisar a reintegração família, a colocação em família extensa e em família substituta em condições de igualdade, devendo a análise ocorrer sobre as vantagens e desvantagens de cada uma e suas respectivas consequências.⁴⁶

Considerando o texto normativo, a interpretação dada pelos operadores do direito e as críticas apresentadas, vemos a possibilidade de considerar a relativização do princípio da prevalência da família, já que este, em muitos casos, esbarra em outro princípio fundamental: o melhor interesse do menor.

⁴⁴ CUNHA, Sandra. **A tomada de decisão na proteção à infância. Como decidimos o que é o supremo interesse da criança.** 2012. <Disponível em: http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0234_ed.pdf> Acesso em: 28 ago 2014.

⁴⁵ CUNHA, Sandra. **A tomada de decisão na proteção à infância. Como decidimos o que é o supremo interesse da criança.** 2012. <Disponível em: http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0234_ed.pdf> Acesso em: 28 ago 2014.

⁴⁶ CUNHA, Sandra. **A tomada de decisão na proteção à infância. Como decidimos o que é o supremo interesse da criança.** 2012. <Disponível em: http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0234_ed.pdf> Acesso em: 28 ago 2014.

1.3. Relativização da Prevalência da Família Natural em face do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do Melhor Interesse do Menor possui previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e, embora ausente no texto Constitucional de 1988, é entendimento da doutrina majoritária que possui força de norma constitucional fundamental interna.⁴⁷

O melhor interesse traduz-se na direção que o operador do direito deve tomar, no exercício de suas funções, de forma a garantir que os interesses do menor prevaleçam aos de outros indivíduos, sempre que estiverem em conflito, estendendo-se a todas as relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes.⁴⁸

Tais vínculos jurídicos englobam, inclusive, aqueles sucedidos no cotidiano desses indivíduos, que envolvem as relações intrafamiliares. Nesse sentido, o interesse do menor configura como limitador ao poder familiar, na medida em que o filho deixa de ser considerado objeto da vontade de seus responsáveis e torna-se sujeito de direitos, e com prioridade absoluta comparativamente aos demais integrantes da família de que participa.⁴⁹

Consiste o princípio do melhor interesse do menor em verdadeira cláusula geral e critério hermenêutico a ser seguido pelo jurista na aplicação dos demais princípios e dispositivos da legislação menorista, no objetivo de tentar identificar e

⁴⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

⁴⁸ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. **LexMagister**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

adotar a medida que, de fato, compreenderá o melhor interesse de determinada criança ou adolescente.⁵⁰

O melhor interesse só poderá ser verificado, efetivamente, no caso em concreto, em que deverá considerar e ser consonante com o conjunto do sistema normativo, em geral, e com os direitos da criança e do adolescente, em particular.⁵¹

Sua manifestação ocorre em diversos momentos no que diz respeito a situações jurídicas envolvendo o menor, como, a título de exemplo, nos casos de determinação de guarda ou do direito de visitação, nos processos de destituição ou suspensão do poder familiar, na sua retirada da família natural para colocação do menor em família extensa ou substituta, além de orientações que dizem respeito à sua educação e formação.⁵²

Embora parte da doutrina e jurisprudência e a análise da legislação indiquem claramente a obrigatoriedade de sua aplicação, o julgamento das medidas que corresponderão ao melhor interesse do menor possui um caráter extremamente subjetivo, o que exige maior cautela na avaliação de cada situação.⁵³

Nesse sentido, Tânia da Silva Pereira⁵⁴ salienta que:

⁵⁰ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

⁵¹ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

⁵³ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

⁵⁴ Apud GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

“A falta de clara definição para o princípio, aliada a um eventual poder discricionário de amplas dimensões do Juiz, poder gerar resultados injustos para as crianças, assim como fazendo com que o número de litígios aumente, comprometendo as decisões.”

Toda ação ou omissão que coloque a criança e o adolescente em situação de vulnerabilidade, propícia à violação de sua integridade física, psíquica e moral e à sua dignidade como pessoa humana, é considerado uma ameaça. Porém, a qualificação de uma situação como ameaçadora ou não, ou até mesmo a mensuração de sua gravidade, podem variar de acordo com o entendimento de cada jurista.⁵⁵

Ana Paula Motta Costa⁵⁶ entende que, na intenção de romper com a noção subjetiva de que cabe abstratamente ao magistrado a avaliação do que seja o melhor para a criança, aquele deve levar em conta “*a alternativa concreta capaz de melhor garantir o conjunto de direitos que cabem ao sujeito em questão*”.

Como já mencionado, a investigação do que configurará o melhor interesse da criança se dará sempre no caso concreto, o que vai exigir do julgador um conhecimento aprofundado da situação vivida pelas pessoas envolvidas, tomando por base seus contextos sociais e culturais, para só então concluir sobre a potencial violação.⁵⁷

Contudo, embora se busque delinear a arbitrariedade do aplicador do direito, a avaliação do que venha a ser melhor interesse do menor implica em dificuldades.⁵⁸ Direcionando a aplicação do princípio para o tema objeto do presente trabalho, nos

⁵⁵ **COLEÇÃO** Abrigos em Movimento. Cada caso é um caso: A voz da criança e dos adolescentes em situação de abrigamento. 1ª ed. São Paulo: Associação Fazendo História, 2010. Disponível em: <www.direitoshumanos.gov.br>. Acesso em: 22 jul 2014.

⁵⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

⁵⁷ **COLEÇÃO** Abrigos em Movimento. Cada caso é um caso: A voz da criança e dos adolescentes em situação de abrigamento. 1ª ed. São Paulo: Associação Fazendo História, 2010. Disponível em: <www.direitoshumanos.gov.br>. Acesso em: 22 jul 2014.

⁵⁸ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.asp>. Acesso em: 10 set 2014.

casos em que esteja em análise a colocação da criança ou adolescente em família substituta, a lei, ao estabelecer que esta constitui medida excepcional, expressa o entendimento de que a manutenção na família natural consiste no melhor interesse desses indivíduos.⁵⁹

A família possui uma dimensão importante na vida de todos os indivíduos, visto ser onde as primeiras relações de apego e apoio se formam, sendo que os valores passados pelos demais membros da família acabarão por influenciar diretamente na formação de sua personalidade.⁶⁰

Classificada pela doutrina como instituição jurídica, a família possui proteção especial, constitucional e legal, por ser considerada a base da sociedade. Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Estado passa a exercer um papel crucial na defesa dessa instituição, com a obrigação de protegê-la antes mesmo de proteger os seus membros, já que a convivência familiar que deverá garantir o cumprimento dos direitos constitucionais e legais.⁶¹

O conceito de família deve ser interpretado em seu sentido amplo, abarcando as relações intersubjetivas formadas tanto por laços consangüíneos como por afinidade e afetividade.⁶²

⁵⁹ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.asp>. Acesso em: 10 set 2014.

⁶⁰ SIQUEIRA AC, Dell'Aglio. Retornando para a família de origem: fatores de risco e proteção no processo de reinserção de uma adolescente institucionalizada. In: **Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano**, 2007, p. 134-146.

⁶¹ HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino *et al.* O direito à convivência familiar e comunitária e suas implicações no poder familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2530&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 10 out 2014.

⁶² HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino *et al.* O direito à convivência familiar e comunitária e suas implicações no poder familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2530&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 10 out 2014.

Partindo dessa interpretação genérica, defende-se que todos os institutos familiares devam receber a mesma proteção, não merecendo receber preferência legal absoluta aquelas formadas por laços consangüíneos, visto que as ambas as formas de formação familiar podem ser capazes de proporcionar a proteção e o afeto de que a criança e adolescente necessitam para o seu adequado desenvolvimento.

Defensor dessa idéia, o juiz gaúcho Mário Romano Maggioni, atuante há doze anos na Vara da Infância e da Juventude, entende que nem sempre vale o esforço de manter as crianças em suas famílias naturais problemáticas, defendendo que raramente representa o melhor interesse da criança nas situações concretas com que se depara.⁶³

Maggioni relata que em quadros graves de risco aos menores no seio de sua família biológica, ocorre o acolhimento institucional temporário em paralelo a um acompanhamento familiar. Contudo, admite ser raro que aquela família não volte a ter problemas, já que um núcleo familiar desestruturado é extremamente difícil de ser recuperado por alguém.⁶⁴

Resumindo bem a sua posição quanto ao entendimento legal de que a manutenção da criança na família natural representa, em regra, o seu melhor interesse, diz:⁶⁵

“Não adianta manter essas crianças em um núcleo desestruturado como diz a lei porque, na prática, a vida delas dificilmente muda. Por que então não recomeçar em outras famílias?”

O presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), Rodrigo da Cunha Pereira, conta que no primeiro semestre de 2013 o Ministério da Justiça

⁶³ DUARTE, Adriano. Farroupilha é referência em programa de adoção. **Pioneira**, dez 2011. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/12/farroupilha-e-referencia-em-programa-de-adocao-3607076.html>>. Acesso em: 5 nov 2014.

⁶⁴ DUARTE, Adriano. Farroupilha é referência em programa de adoção. **Pioneira**, dez 2011. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/12/farroupilha-e-referencia-em-programa-de-adocao-3607076.html>>. Acesso em: 5 nov 2014.

⁶⁵ DUARTE, Adriano. Farroupilha é referência em programa de adoção. **Pioneira**, dez 2011. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/12/farroupilha-e-referencia-em-programa-de-adocao-3607076.html>>. Acesso em: 5 nov 2014.

convidou o Instituto para discutir uma proposta de alteração na lei menorista sobre a preferência da manutenção ou reintegração do infante em sua família natural em face de qualquer outra previdência.⁶⁶

Segundo Rodrigo⁶⁷:

“A lei contém um equívoco primário, que é privilegiar a família biológica. O conceito de família para o direito e principalmente a partir da psicanálise evoluiu muito. Já se mostrou que os laços de sangue não são suficientes para garantir afeto, então o que interessa é que maternidade e paternidade são funções muito além da biologia.”

Dependendo do seu funcionamento e dinâmica, a família, ao invés de cumprir a sua função de proteção, acaba por expor a criança a riscos. São exemplos de situações de risco a negligência parental, a violência doméstica, excesso nas práticas educativas e corretivas, supervisão e cuidado falhos, e outras que ameaçam sua integridade física ou moral.⁶⁸

Os problemas causados pela exposição do menor a fatores de risco, por serem entendidos como um processo e não uma situação estática, geralmente ocorre de forma gradual, tendendo a evidenciar-se quando os danos acarretados já são de precária solução ou mesmo irreversíveis.⁶⁹

⁶⁶ LOPES, Valquíria; GIUDICE, Patrícia. **Justiça tira criança de guardiões e a devolve aos pais biológicos: O caso polêmico, que se arrasta há quatro anos, divide opiniões até mesmo entre magistrados**, 2013. Disponível em:<http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/16/interna_gerais,460277/justica-tira-crianca-de-guardioes-e-a-devolve-aos-pais-biologicos.shtml>. Acesso em: 2 abr 2015.

⁶⁷ LOPES, Valquíria, GIUDICE, Patrícia. **Justiça tira criança de guardiões e a devolve aos pais biológicos: O caso polêmico, que se arrasta há quatro anos, divide opiniões até mesmo entre magistrados**, 2013. Disponível em:<http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/16/interna_gerais,460277/justica-tira-crianca-de-guardioes-e-a-devolve-aos-pais-biologicos.shtml>. Acesso em: 2 abr 2015.

⁶⁸ SIQUEIRA AC, Dell'Aglio. Retornando para a família de origem: fatores de risco e proteção no processo de reinserção de uma adolescente institucionalizada. In: **Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano**, 2007, p. 134-146.

⁶⁹ SIQUEIRA AC, Dell'Aglio. Retornando para a família de origem: fatores de risco e proteção no processo de reinserção de uma adolescente institucionalizada. In: **Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano**, 2007, p. 134-146.

A situação de perigo nem sempre é explícita, não sendo tão facilmente passível de identificação ou mensuração por quem está de fora da relação familiar, daí a importância de se ouvir quem faz parte dela.

O melhor interesse da criança e do adolescente pode não corresponder necessariamente às suas vontades, porém, ainda que se reconheça a possível imaturidade peculiar de quem está em fase de desenvolvimento de consciência e personalidade, tal circunstância não deve ser confundida com incapacidade absoluta de decidir ou opinar sob quaisquer circunstâncias, ainda mais as que envolvam sua própria vida.⁷⁰

Nesse contexto, incluir o menor no processo de definição do seu melhor interesse, dentro do possível e razoável, ultrapassa a sua condição de objeto de proteção e dá efetividade à sua posição de pessoa, possibilitando ainda a tomada de medidas mais acertadas e eficazes quanto ao seu melhor interesse.⁷¹

⁷⁰ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

⁷¹ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

2. PROTEÇÃO JURÍDICA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Neste capítulo far-se-á uma análise da abordagem dada pelo ordenamento jurídico ao melhor interesse da criança e do adolescente, reservando o capítulo para tratar do assunto já que tal princípio consiste em limitador e meio legítimo de relativizar a prioridade absoluta que a legislação menorista emprega às medidas de reintegração e manutenção do menor em sua família biológica. Perpassa pela prioridade dada ao interesse do menor sob a óptica da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1. O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988

A Dignidade da Pessoa Humana, inscrita no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁷², consiste em princípio reitor e instrumental para a efetivação dos direitos e liberdades conferidas ao indivíduo.⁷³

Instituída como fundamento da República Federativa do Brasil, ganha ênfase em sua concepção intersubjetiva, em que, por meio do reconhecimento de cada indivíduo como pessoa e no respeito entre eles, a dignidade se estabelece.⁷⁴

A dignidade humana constitui a matriz do Direito, que existe, precipuamente, para propiciar o desenvolvimento e garantir a integridade de cada indivíduo, e da sociedade como um todo.⁷⁵

⁷² BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

⁷³ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97

⁷⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97

⁷⁵ FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade

Os direitos conferidos aos sujeitos têm, em seu conteúdo, a viabilização de melhores condições para o seu desenvolvimento, sendo que a dignidade humana é uma construção cotidiana no processo de busca e reconhecimento dessas garantias.⁷⁶

Como princípio fundamental e orientador das normas constitucionais e infraconstitucionais, repousa na concepção que faz da pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado, e visa a proteger contra qualquer situação que possa acarretar em seu desrespeito.⁷⁷

A condição de dignidade especificamente à criança e ao adolescente está relacionada ao direito de desenvolver sua personalidade, possibilitando a construção de uma identidade sociocultural, que não se encontra completamente formada, visto sua condição peculiar de sujeitos em desenvolvimento.⁷⁸

Os menores têm sua dignidade respeitada quando são reconhecidos na sua especificidade, e, na medida em que percebem os cuidados e tratamento especial que lhe são dispensados, despendem igual tratamento digno para com os outros. Considerando essa fase peculiar da vida do ser humano, existem necessidades essenciais a serem construídas e reconhecidas pela sociedade e pelo Estado, e consolidadas pela legislação.⁷⁹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227⁸⁰, enumera direitos fundamentais que versam sobre a proteção da criança e do adolescente, o que não

da pessoa humana. **SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013.

⁷⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

⁷⁷ FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013.

⁷⁸ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.

⁷⁹ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111/112

⁸⁰ BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Art. 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,

se apresenta como limitador de garantias, mas apenas como forma de enfatizar as necessidades essenciais e a tutela especial prioritária de que gozam esses indivíduos.⁸¹

Consubstanciando a ideia de que a norma não pretende a limitação de direitos fundamentais, mas, pelo contrário, busca a perpetuação dos valores fundamentais da pessoa humana, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, prevê que os direitos e garantias previstos em seu texto⁸²

“[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁸³

Em aplicação à regra, o Brasil recebeu diversos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, dentre eles a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, que visa a proteção desses indivíduos em todo o mundo, vindo a ser incluído no nosso ordenamento por meio do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990.⁸⁴

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: abr 2015.

⁸¹ SILVA, André Ribeiro Molhano; *et al.* **Princípio do melhor interesse do menor.** Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em: 12 set 2014.

⁸² NETO, José Alves Tomaz; LIRA, Daniel Ferreira de. **A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento do recurso extraordinário 466.343-1, São Paulo, 2012.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686> Acesso em: 20 nov 2014.

⁸³ BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Art. 5º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov 2014.

⁸⁴ NETO, José Alves Tomaz; LIRA, Daniel Ferreira de. **A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento do recurso extraordinário 466.343-1, São Paulo, 2012.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686> Acesso em: 20 nov 2014.

A Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1989, firmou o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente como princípio fundamental⁸⁵, positivando-o em seu art. 3º, 1, com a seguinte redação:⁸⁶

“1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.”

A Constituição Brasileira, mesmo que anterior à aprovação da Convenção (1989), positivou princípios básicos contidos nesta, e, embora não haja previsto explicitamente a primazia do melhor interesse da criança e do adolescente, configura preceito amplamente acolhido pelo nosso ordenamento jurídico. Entendendo-se que possui força de norma fundamental interna⁸⁷, em face do disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição⁸⁸.

O melhor interesse evoluiu com o crescente reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente e ganha conteúdo na medida em que harmoniza o conjunto mais amplo deles, tendo a Constituição Federal dado ênfase àqueles que julga primordiais na conjectura do melhor interesse.⁸⁹

⁸⁵ SOUZA, Jane de. **Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família**, 2011. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 30 ago 2014.

⁸⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁸⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 152.

⁸⁸ BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Art. 5º. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov 2014.

⁸⁹ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 153.

Assim, o princípio do melhor interesse do menor é adotado de forma implícita pela Constituição, na medida em que esta dá ênfase àqueles direitos e garantias fundamentais que entende serem primordiais para concretização sua concretização.

Os direitos da criança e do adolescente são tratados em destaque no Título VIII da Constituição, especialmente no artigo 227, porém, encontram-se intrínsecos nos demais Títulos, uma vez que esses indivíduos gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.⁹⁰ Essencialmente, pela sua condição peculiar de seres em desenvolvimento, o artigo 227 estabelece que lhes devam ser assegurados, *com absoluta prioridade*, os direitos:

“[...] 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)⁹¹”

No que tange ao direito à convivência familiar, a família ganha relevante participação na proteção da dignidade do menor. Tida como base da sociedade pela Constituição Federal⁹², essa entidade “*não é protegida pelo Direito pátrio como um fim em si mesmo, mas como um meio para constituição da dignidade humana de cada um de seus membros*”.⁹³

⁹⁰ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁹¹ BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Art. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov 2014.

⁹² BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov 2014.

⁹³ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 138.

Se por um lado o direito à convivência familiar possa configurar um limitador ao Estado para a intervenção familiar, por outro, este direito não pode ser tido como absoluto, devendo ser preservado apenas se a família estiver efetivamente cumprindo o seu papel para o desenvolvimento de seus integrantes menores.⁹⁴

Embora reconhecido como direito fundamental de grande relevância, a convivência familiar, quando abalroada com outros direitos da criança e adolescente, como a integridade física ou outros que garantem diretamente sua dignidade como pessoa humana, deve ser relativizada, em atendimento ao princípio fundamental do melhor interesse do menor.

Sarlet⁹⁵, ao considerar o caráter aberto dos Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição, afirma a ausência de critérios positivados que estabeleçam uma ordem de preferência para os casos de conflito de direitos.

Inexistindo tais parâmetros na nossa Constituição, pode-se considerar que nenhum direito é absoluto, mas que, com um exame das regras normativas do ordenamento jurídico como um todo, é possível estabelecer uma hierarquização axiológica a ser aplicada no caso concreto. Dentre tais regras, tem-se a Dignidade da Pessoa Humana como princípio norteador, a ser adotado como fonte e finalidade na efetivação de qualquer direito.⁹⁶

No conflito de direitos garantidos à criança e ao adolescente, inexistindo parâmetros de hierarquia na Constituição em si, a preferência por qual representará o seu melhor interesse deverá orientar-se pela ideia de qual, efetivamente, irá garantir a sua dignidade.

2.2. O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002

⁹⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 138.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang apud COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direito fundamentais**, 2012, p. 138.

⁹⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 138.

Em meados de 2001, o novo Código Civil brasileiro teve sua redação final aprovada, resultando na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Na longa trajetória percorrida, entre o Projeto de Lei de nº 634/75, os quase vinte e seis anos entre o processo de tramitação no Congresso Nacional e a vigência da Lei, a sociedade brasileira testemunhou significativas mudanças no campo do Direito de Família, parte do Código Civil (Livro IV) que regula as relações familiares e a que mais sofreu alterações da legislação anterior.⁹⁷

Tendo como marco inicial a Constituição Federal de 1988, a transformação do comportamento social da família brasileira e, após reescrito o Direito, de sua conduta social, percorreram os conceitos de ética e moral entre cada integrante do grupo familiar, passando o Direito de Família a ser delineado pela ótica exclusiva dos valores maiores da dignidade e do desenvolvimento da pessoa humana.⁹⁸

Embora ainda não compreenda todo o avanço da nova família brasileira, o novo Código Civil cuidou para adaptar seu texto às novas diretrizes trazidas pela Constituição de 1988.⁹⁹ Nesse diapasão, a antiga família patriarcal, onde o poder, autoridade e responsabilidade da entidade familiar centralizavam-se na pessoa do pai, dá lugar à família contemporânea, caracterizada pela igualdade e dever de respeito mútuo entre seus membros.¹⁰⁰

O termo *pátrio poder*, utilizado pelo Código Civil de 1916 e que induzia à ideia de poder do pai sobre os filhos, foi substituído pelo termo *poder familiar*, evoluindo para a noção de equivalência da autoridade e responsabilidade dos pais na condução na condução dos prioritários interesses dos filhos menores.¹⁰¹

O poder familiar, regulado pelo Código Civil, no Título I, Subtítulo II, Capítulo V, traduz-se no dever natural e legal dos pais de zelarem pela formação integral dos

⁹⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1

⁹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1-2.

⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

¹⁰⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 63, 498.

¹⁰¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 498.

filhos, acompanhando e preparando-os para a vida adulta em todos os aspectos, físico, moral e emocional, considerando a supremacia de seus interesses.¹⁰²

O artigo 1.630¹⁰³ do Código Civil determina o alcance do poder familiar, estipulando que perdurará durante toda menoridade dos filhos, e, no propósito de atribuir aos pais o bom exercício deste poder, a legislação estabelece um conjunto de direito e deveres, com vistas a alcançarem o melhor interesse de seus pupilos.¹⁰⁴

Com alcance determinado pelo artigo 227, da Constituição Federal¹⁰⁵, o artigo 1.634, do Código Civil, impõe aos pais, quanto aos filhos menores, o dever de:

- 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.”¹⁰⁶

Bem como o artigo 1.638 limita esse poder/dever de educação e proteção, prevendo a perda do poder familiar quando há extrapolação nas medidas adotadas para o seu exercício:

¹⁰² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 499.

¹⁰³ BRASIL. Código Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 5 out 2014.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 500

¹⁰⁵ BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Art. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 abr 2015.

¹⁰⁶ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 5 nov 2014.

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”¹⁰⁷

Do exame dos dispositivos pertinentes aos filhos menores, mais especificamente no âmbito do poder familiar, observa-se que a abordagem dos direitos da criança e do adolescente pelo Código Civil é feita de forma indireta, quando da determinação dos deveres e delimitação de poder dos pais para com aqueles.

Nesse cenário, o melhor interesse do menor, sendo norma fundamental interna, por força do artigo 5º, § 3º, da Constituição¹⁰⁸, a ser adotada em toda relação que envolva crianças e adolescentes, como já demonstrado nos tópicos anteriores, é meta implícita a ser alcançada quando do exercício do poder familiar.

No capítulo que trata sobre a proteção da pessoa dos filhos, Capítulo XI, do Subtítulo I, do Título I, mais especificamente nos artigos 1.583¹⁰⁹ e 1.584¹¹⁰, o

¹⁰⁷ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 3 nov 2014.

¹⁰⁸ BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

¹⁰⁹ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele **melhores condições** para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Código Civil reconhece de forma mais tangível o princípio do melhor interesse do menor.¹¹¹

Os artigos 1.583 e 1.584 dispõem sobre a guarda dos filhos menores nos processos de dissolução da sociedade conjugal, situação cada vez mais comum na sociedade contemporânea, onde caberá aos pais, em princípio, decidir sobre a custódia, conforme entendimento extraído do §2º, do artigo 1.584.¹¹²

Quando não houver acordo entre os pais, caberá ao juiz a decisão sobre a guarda, à luz do artigo 1.631, parágrafo único¹¹³, combinado com o artigo 1.612,

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: out 2014.

¹¹⁰ BRASIL. Código Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: out 2014.

¹¹¹ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>>. Acesso em: nov 2014.

¹¹² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹¹³ BRASIL. Código Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

ambos do Código Civil, dispositivos estes que embasam e complementam os demais que disciplinam a relação entre pais e seus filhos menores.¹¹⁴

O artigo 1.612 e o §2º, do artigo 1.583 preveem a situação onde a decisão sobre a guarda do menor caberá ao juiz, dispondo o primeiro, expressamente, que a solução deva ser aquela que melhor atenda ao interesse do menor, e o segundo, que a guarda deva ser designada ao cônjuge que revelar melhores condições de exercê-la, estabelecendo, ainda, critérios a serem judicialmente observados¹¹⁵:

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, **sob a de quem *melhor atender aos interesses do menor***.

Art. 1.583.

[...]

§ 2º **A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele *melhores condições para exercê-la*** e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Embora no artigo 1.583 o termo *melhor interesse do menor não* esteja explícito, a disposição de que a guarda deve ser atribuída àquele que revele *melhores condições* de exercê-la deve ser interpretada como a intenção do julgador em prestigiar o interesse do menor com a sua decisão.¹¹⁶ Tal entendimento restou explícito no enunciado 102, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que, embora advindo alterações no número e parte do conteúdo do dispositivo a que faz referência, com a edição da lei 11.698/2008, não restou prejudicado seu propósito:

Art. 1.631. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: out 2014.

¹¹⁴ EVANGELISTA, Anderson Pereira *et al.* **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 419.

¹¹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹¹⁶ EVANGELISTA, Anderson Pereira *et al.* **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 419.

“102 – Art. 1.584: a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.”¹¹⁷

Em que pese o atendimento ao princípio do melhor interesse, a enumeração contida no § 2º, do artigo 1.583, incluídos pela Lei nº 11.698/ 2008, não impede ordem de importância entre os fatores e não deverá servir como limitador ao juiz, vez que este deverá continuar considerando todas as circunstâncias do caso concreto, a fim de obter a solução que mais represente o melhor interesse global da criança ou do adolescente.¹¹⁸

Os pais são os naturais e indicados guardiões de seus filhos, porém, caso verificado que aqueles não obtêm êxito no exercício de suas obrigações para com o desenvolvimento e proteção de sua prole, o artigo 1.584, do Código Civil, estabelece que o juiz concederá a guarda à quem revele compatibilidade com a natureza da medida, dando preferência aos parentes ou com quem o menor já tenha relações de afinidade.¹¹⁹

Como bem prelaçiona Rolf Madaleno¹²⁰,

“[...] este dispositivo é nada mais do que a consagração deste relevante princípio dos melhores e superiores interesses dos menores [...]”

De modo que, se a conduta dos pais atenta “*contra os próprios interesses dos filhos, sua higidez física e mental*”¹²¹, o menor deve ficar sob a guarda de quem revele melhor compatibilidade com a natureza da medida, entendido como aquele que atenda a seus interesses.

¹¹⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 266.

¹¹⁸ GONTIJO, Juliana. **Guarda: poder familiar: bens dos filhos**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/material-juridico/direito-das-familias/>> Acesso em: 10 nov 2014.

¹¹⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 266.

¹²⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 266.

¹²¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 266.

O Enunciado nº 334, da IV Jornada de Direito Civil, constata tal entendimento ao dispor que a guarda de fato dar-se-á como consolidada, desde que a convivência familiar entre o menor e seu guardião esteja atendendo ao princípio do melhor interesse¹²²:

“334 - A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o *princípio do melhor interesse*.”¹²³

O ponto de partida para toda questão que envolva a criança e o adolescente, representados pela pessoa do filho menor no Direito de Família, é o prestígio ao seu melhor interesse.¹²⁴

Como já frisado anteriormente, o critério do interesse do menor só adquire eficácia quando examinada a situação em concreto. Nas situações reguladas pelo Diploma Civil, deverá o juiz, na fixação da guarda, levar em consideração aspectos como apego ou indiferença que manifesta em relação aos genitores, condições materiais e vínculo de afetividade com os guardiões, cuidados e proteção que recebem no seio familiar.¹²⁵

2.3. O melhor interesse da Criança e do Adolescente no Estatuto da Criança e do Adolescente

No Brasil, o primeiro conjunto de normas organizadas voltado especificamente para os direitos da criança e do adolescente foi o Decreto nº 5.083,

¹²² EVANGELISTA, Anderson Pereira *et al.* **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 419.

¹²³ BRASIL. **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/jornada/article/viewFile/2625/2700>> . Acesso em: 12 nov 2014.

¹²⁴ EVANGELISTA, Anderson Pereira *et al.* **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 419.

¹²⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 266.

publicado em 12 de outubro de 1927. O denominado Código de Menores do Brasil tratava dos infantes expostos e dos menores em situação de abandono.¹²⁶

Um ano após, em 12 de outubro de 1927, o Código de Menores foi substituído pelo Decreto nº 17.943-A, mais conhecido por Código Mello Matos, em homenagem ao autor do projeto. Dentre suas premissas básicas estava que a família, independente da situação econômica:

“[...] tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas das crianças e jovens, de acordo com o modelo idealizado pelo Estado.”¹²⁷

A partir daí, iniciou-se um período histórico marcado por diversas mudanças de paradigmas em relação à população menorista, perpassando pela promulgação da Constituição da República de 1937, que ampliou o horizonte social da infância e da juventude, a instalação da Comissão Revisora do Código de Menores em 1943, criada com o propósito de elaboração de um código com aspectos sociais e jurídicos, o golpe militar, que desfez e interrompeu os trabalhos da comissão, e a criação do novo Código de Menores, Lei nº 6.697, publicada em 10 de outubro de 1979, que consolidou a doutrina da Situação Irregular.¹²⁸

Com a Constituição Federal de 1988 adveio um novo modelo político-social que prima pela proteção e garantia da dignidade da pessoa humana, refletindo diretamente na nova perspectiva dada à situação dos infantes. Consolidou-se um novo sistema, a doutrina da proteção integral, para a qual crianças e adolescentes são sujeitos titulares de direitos fundamentais, que foi implementado e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990.¹²⁹

¹²⁶ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3-15.

¹²⁷ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3-15.

¹²⁸ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3-15.

¹²⁹ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3-15.

Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral, “reconhecendo a condição peculiar da criança e do jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial”¹³⁰, garantindo seu direito à convivência familiar e a primazia de seus interesses em detrimento dos demais indivíduos.

A legislação estatutária infanto-juvenil possui três princípios gerais e orientadores, estando entre eles o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que deverá ser observado tanto para a elaboração de novas regras, como para a interpretação da norma e solução dos conflitos que envolvam menores.¹³¹

Desde a vigência do Código de Menores, o princípio do melhor interesse já era reconhecido, porém, o que era aplicado apenas aos infantes em situação irregular, passou a ser aplicado a todo o público infanto-juvenil.¹³²

Embora se trate de princípio geral, a ser observado em quaisquer circunstâncias que envolvam interesses do menor, no Estatuto da Criança e do Adolescente o princípio do melhor interesse vem expressamente previsto no Capítulo II, que trata das medidas específicas de proteção, em seu artigo 100, parágrafo único, incisos IV:

“Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)”¹³³

¹³⁰ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3-15.

¹³¹ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.3-15.

¹³² MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.33.

¹³³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990**.

Sempre que houver ameaça ou efetiva lesão aos direito infanto-juvenis, serão aplicadas medidas de proteção, como é exemplo a colocação em família substituta, no intuito de resguardar a integridade física e psíquica da criança e o adolescente.¹³⁴

De acordo com o dispositivo supracitado, a solução dada pela autoridade judiciária deve ser direcionada para a tutela absoluta dos direitos do infante em situação de risco, sendo que, no confronto com outros direitos e interesses envolvidos, é o da criança e do adolescente que devem ser atendidos em primeiro lugar.¹³⁵

Há de se observar que a intervenção estatal para a proteção desses indivíduos não deve buscar apenas a garantia do melhor interesse momentâneo, mas deve encontrar a solução cujos benefícios refletirão a melhor medida para a vida do destinatário.¹³⁶

Como já exposto, embora previsto de forma expressa apenas no capítulo que trata da aplicação de medidas protetivas, o princípio do melhor interesse deve basear toda e qualquer situação que envolva interesses infanto-juvenis. Em alguns dispositivos do Estatuto a necessidade de observância do princípio é reforçado, sendo que em alguns casos a própria norma impõe implicitamente o que considera representar o melhor interesse do menor.

Os artigos 22 e 124, §2º trazem o dever de observância do interesse dos infantes em situações distintas:

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.¹³⁷

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 mar 2015.

¹³⁴ LAMENZA, Francismar. **Estatuto da criança e do adolescente inteprutado**. Barueri, São Paulo: Manole, 2012. p. 162-164.

¹³⁵ LAMENZA, Francismar. **Estatuto da criança e do adolescente inteprutado**. Barueri, São Paulo: Manole, 2012. p. 167.

¹³⁶ DIÁCOMO, Murillo José; DIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. **Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, centro de apoio operacional das promotorias da criança e do adolescente**, 2012. p.134- 135.

¹³⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990**.

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

[...]

§ 2º A autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente.¹³⁸

O poder familiar consiste em deveres e direitos dos pais para com seus filhos menores, competindo-lhes o dever de criação e cuidado, e o direito de exercer sua autoridade, exigindo-lhes obediência e respeito.

Os dispositivos supracitados reforçam a ideia de que toda medida ou decisão tomada, seja pelos responsáveis, seja pela autoridade judiciária, encontra como limitador o interesse do menor, devendo primar pelo resguardo amplo de seus direitos fundamentais, ainda que colidentes com o direito da própria família.¹³⁹

O artigo 22 inclui como providência inerente ao poder familiar a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais¹⁴⁰, bem como o artigo 124, § 2º prevê a possibilidade de suspender a visita dos pais aos adolescentes privados de liberdade, medidas essas que vão de encontro ao direito dos responsáveis de decisão e de convivência com os filhos, mas que se legitimam quando para garantir o melhor interesse do menor, sujeito este prevalente de direitos.¹⁴¹

Em alguns casos, ao prevalecer determinadas medidas a outras, o Estatuto deixa subentendido o que considera ser, em princípio, o melhor interesse para a criança ou o adolescente. É o exemplo da colocação do menor em família substituta.

O artigo 19, *caput* e o artigo 100, parágrafo único, inciso X dispõem:

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 mar 2015.

¹³⁸ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 mar 2015.

¹³⁹ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p.34-35.

¹⁴⁰ LAMENZA, Francismar. **Estatuto da criança e do adolescente interpretado**. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.

¹⁴¹ LAMENZA, Francismar. **Estatuto da criança e do adolescente interpretado**. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.

“Art. 19. 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.”¹⁴²

“Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

[...]

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta.”¹⁴³

É latente a proteção especial dada à família natural pelo legislador estatutário, que prevê diversos meios para garantir que os filhos menores sejam criados no seio daquela e, apenas quando esgotadas as tentativas, integrados em uma família substituta.¹⁴⁴

Ao normatizar tal preferência, parte-se sempre da premissa de que o melhor interesse da criança e do adolescente consiste em ser criado junto aos seus pais biológicos, por ser, a princípio, um local privilegiado e imprescindível para o seu desenvolvimento sadio.¹⁴⁵

A exacerbada valorização da família natural despendida pelo Estatuto pode acabar por dificultar o exame do caso concreto, já que nem sempre a reintegração

¹⁴² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 mar 2015.

¹⁴³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 mar 2015.

¹⁴⁴ MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 96

¹⁴⁵ LAMENZA, Francismar. Estatuto da criança e do adolescente interpretado. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.

da criança e do adolescente em sua família biológica representará o seu melhor interesse.¹⁴⁶

É certo que a família é o núcleo inicial onde a criança irá firmar seus primeiros vínculos afetivos, onde irá encontrar o conforto e a segurança que necessita para formar sua personalidade e seus valores, e garantir seu desenvolvimento saudável. Porém, esta família pode ser tanto natural como substituta, podendo os dois modelos formar adequadamente uma pessoa em desenvolvimento,¹⁴⁷ sendo que a que atenderá aos interesses do infante no caso concreto dependerá de uma avaliação específica, não podendo seguir uma regra concreta, uma solução comum.¹⁴⁸

¹⁴⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 285-301, julho/dezembro de 2012.

¹⁴⁷ ESTEVES, Claudia Michele de Medeiros. **A excepcionalidade da adoção internacional e o melhor interesse da criança e do adolescente**. 2010. 75 f. Monografia (Bacharelado). Universidade Católica de Brasília, Brasília, novembro de 2010.

¹⁴⁸ SIQUEIRA, Samanta Rodrigues *et al.* **O princípio do melhor interesse da criança e sua importância na atuação do núcleo de estudos e defesa dos direitos da infância e da juventude – NEDIJ**. [s.i.]:[s.e.]:[s.a.].

3. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL EM FACE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Neste capítulo haverá a apresentação de jurisprudências, sendo um julgado favorável à tese da relativização, e outro desfavorável. No primeiro, favorável, procura-se a demonstração da possibilidade de o aplicador do direito relativizar a medida de reintegração de um menor ao seu lar natural, na análise do caso concreto, considerando que permanecer na família substituta prevaleceria o melhor interesse do menor. No segundo, desfavorável, os argumentos do aplicador do direito são combatidos, procurando demonstrar que a aplicação seca da letra da lei pode atentar seriamente ao princípio do melhor interesse do menor.

3.1. Julgado Favorável à relativização da prevalência da família natural sobre a substituta

3.1.1. *TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. QUINTA TURMA. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO 1998 01 3 001687-6.*

MENOR. ADOÇÃO. CRIANÇA ENTREGUE AOS PAIS ADOTIVOS PELA GENITORA DO MENOR DIAS APÓS O SEU NASCIMENTO. PAI BIOLÓGICO OBJETIVANDO A RESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. **Não obstante a disposição legal de que "toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta" (art. 19 da Lei nº 8.069/90), a comprovação de que será melhor para o menor permanecer sob os cuidados da família substituta e estando a criança já com 03 (três) anos de idade criada no seio da família adotiva, sem qualquer contato com o pai, correta está a sentença que deferiu a adoção pleiteada.**¹⁴⁹

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5ª Turma Cível). **Apelação Cível nº 19980130016876-DF**. Apelante: D.P.L. Apelado: J.L.A. Relator: Desembargador Asdrubal

Trata-se o caso em questão de destituição de poder familiar em face de pedido de adoção, por casal que detinha a guarda de fato do menor desde o seu nascimento. J. L. A. e M. A. S. A. postularam adoção do menor M., nascido em 3 de maio de 1998, do qual detêm a guarda de fato desde o nascimento, lhes tendo sido entregue pela própria genitora.

A guarda provisória foi deferida com aquiescência da genitora, que declarou passar por problemas financeiros e psicológicos, e após o genitor não tomar iniciativa para reconhecer o filho. Porém, após passar a conviver novamente com o genitor do menor, não mais concordava com a pretensão dos adotantes.

Antes da realização da instrução processual, a genitora informou não mais ter interesse em contestar o feito, já que ela nem o genitor possuem condições para manter o filho. O genitor, contudo, opôs-se ao pedido de adoção, reconhecendo a paternidade do menor e postulando a improcedência da ação.

Os estudos realizados concluíram pela permanência do adotando com os pais adotivos, bem como o Ministério Público, que acreditou que o pleito apresenta reais vantagens para o adotando. Decisão apelada concedeu a adoção e decretou a perda do poder dos genitores do adotando.

O pai biológico apelou alegando que o magistrado contrariou o disposto nos artigos 23 e 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

"[...] que confere ao menor o direito de ser criado no seio de sua família, a fim de fortalecer os laços sangüíneos e possibilitar aos pais naturais o saudável convívio com os filhos".¹⁵⁰

Nascimento Lima. Brasília, 23 de abril de 2001., Data de Publicação: DJU 14/11/2001 Pág. 175. Disponível em < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3142217/apelacao-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-apl-19980130016876>> Acesso em: 16 mar 2015.

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5ª Turma Cível). **Apelação Cível nº 19980130016876-DF**. Apelante: D.P.L. Apelado: J.L.A. Relator: Desembargador Asdrubal Nascimento Lima. Brasília, 23 de abril de 2001., Data de Publicação: DJU 14/11/2001 Pág. 175. Disponível em < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3142217/apelacao-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-apl-19980130016876>> Acesso em: 16 mar 2015.

O Desembargador relator argumentou que, muito embora determinação legal aponte a excepcionalidade da medida de colocação da criança ou do adolescente em família substituta, após o decurso do tempo de convívio do menor, que à época da decisão já contava com três anos de idade, com os pais adotivos houve criação de laços inseparáveis, mitigando a força da lei no caso concreto. Evidenciou parte dos estudos sociais, que afirmam que, do ponto de vista psicossocial, seja mais adequado para o adotando permanecer com os pais adotivos.

Iniciando seu voto, o relator acertadamente afirmou que a solução para o caso deveria condizer com a situação que melhor atendesse ao interesse do menor, já que este é o princípio norteador de decisões dessa natureza, conforme determina a Lei Menorista.

O princípio traduz-se na direção que o operador do direito deve tomar, no exercício de suas funções, de forma a garantir que os interesses do menor prevaleçam aos de outros indivíduos¹⁵¹ que, no caso, envolve também o interesse dos pais biológicos.

O relator relativizou o princípio da prevalência da família, ao entender que:

“Muito embora haja expressa disposição legal de que “toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta” (Lei nº 8.069/90, artigo 19), temos que o decurso do tempo de convívio do menor com os requerentes criou, decerto, laços inseparáveis, mitigando, em muito, a força da lei no caso presente, no sentido de que o menor deva ser posto em companhia do suposto genitor.”¹⁵²

Como já explanado anteriormente, embora a legislação menorista e a doutrina defendam a prevalência da família natural em face da substituta, o julgamento da

¹⁵¹ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.asp>. Acesso em: 10 set 2014.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5ª Turma Cível). **Apelação Cível nº 19980130016876-DF**. Apelante: D.P.L. Apelado: J.L.A. Relator: Desembargador Asdrubal Nascimento Lima. Brasília, 23 de abril de 2001., Data de Publicação: DJU 14/11/2001 Pág. 175. Disponível em < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3142217/apelacao-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-apl-19980130016876>> Acesso em: 16 mar 2015.

solução que corresponderá ao melhor interesse do menor possui um caráter extremamente subjetivo, o que exige maior cautela na avaliação da situação concreta.¹⁵³

Segundo Ana Paula Motta Costa¹⁵⁴, o julgador deve levar em conta a *“alternativa concreta capaz de melhor garantir o conjunto de direitos que cabem ao sujeito em questão”*, como o fez o desembargador relator.

Na fundamentação de sua decisão o relator apresentou trechos do estudo social, que sopesou os já bem estabelecidos vínculos de filiação e afeto entre adotantes e adotando, bem como o fato de o menor encontra-se devidamente assistido e adaptado ao lar que o acolheu desde o seu nascimento.

Em relação à situação dos pais biológicos, considerou a instabilidade emocional da genitora, que inicialmente concordou com a adoção do filho, voltando atrás em sua decisão em decorrência da reconciliação com o pai da criança, concordando novamente com a adoção no decorrer do processo, demonstrando que a vontade de ter ou não o menor em sua companhia depende do relacionamento com o genitor da criança.

De outro lado, considerou as condições do genitor, posteriormente único interessado em contestar a adoção, que demonstrou instabilidade domiciliar e profissional, o que influi diretamente na criação de uma criança de mais de um ano de idade, ainda sem ajuda voluntária da genitora, que já havia manifestado seu desinteresse no feito.

Avaliando a situação do menor, este já contava com três anos de idade à época da decisão, nunca teve qualquer contato com o genitor nesse tempo, o lar adotivo demonstrou-se equilibrado e capaz de atender às necessidades do menor,

¹⁵³ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

¹⁵⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

bem como no lar natural encontraria um ambiente de desestabilidade emocional dos pais e no relacionamento entre eles.

“Tendo em vista que o interesse da criança é que está sendo objeto de intervenção estatal e não o dos pais ou o dos pretendentes à adoção”¹⁵⁵, a investigação do que configuraria o melhor interesse da criança foi feita avaliando a situação vivida por todos os sujeitos envolvidos, tomando por base seus contextos sociais e culturais¹⁵⁶, mas priorizando os interesses do menor.

Considerando que a intervenção estatal para a proteção desses indivíduos não deve buscar apenas a garantia do melhor interesse momentâneo, mas deve encontrar a solução cujos benefícios refletirão a melhor medida para a vida do destinatário¹⁵⁷, acertada a decisão em contexto, por ter poupado a criança de uma propensa violação à sua integridade moral e emocional com a retirada abrupta de seu lar habitual, bem como a futuros problemas de formação de identidade e personalidade.

3.2. Julgado desfavorável à relativização da prevalência da família natural sobre a substituta

3.2.1. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. OITAVA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO 1.0079.10.054532-0/001.

APELAÇÃO CIVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA MENOR. AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA MANTE-LA AFASTADA DA FAMÍLIA BIOLÓGICA. RECURSO PROVIDO "IN CASU".

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5ª Turma Cível). **Apelação Cível nº 19980130016876-DF**. Apelante: D.P.L. Apelado: J.L.A. Relator: Desembargador Asdrubal Nascimento Lima. Brasília, 23 de abril de 2001., Data de Publicação: DJU 14/11/2001 Pág. 175. Disponível em < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3142217/apelacao-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-apl-19980130016876>> Acesso em: 16 mar 2015.

¹⁵⁶ **COLEÇÃO** Abrigos em movimento. Cada caso é um caso: a voz da criança e dos adolescentes em situação de abrigo. 1ª ed. São Paulo: Associação Fazendo História, 2010. Disponível em: <www.direitoshumanos.gov.br>. Acesso em: 22 jul 2014.

¹⁵⁷ LAMENZA, Francimar. **Estatuto da criança e do adolescente interpretado**. Barueri, São Paulo: Manole, 2012. p.134- 135.

- A única forma de plasmar a personalidade de uma criança é proporcionar-lhe uma ambiência propícia para a forja de sua formação.
- A destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais, e "ipso facto" somente poderá ocorrer quando demonstrado que estes faltaram com os seus deveres em relação aos filhos.
- **Ficando demonstrado pelo estudo social que os pais biológicos detêm condições de cuidar da filha, esta oportunidade deve lhes ser conferida, pois a família figura em primeiro lugar na escala de prioridades para o menor e filho de sangue.**¹⁵⁸

O caso do julgado analisado ganhou repercussão nacional, tendo sido noticiado em diversos sites de notícia. Cuida-se da menor M. E., que foi encaminhada para uma entidade de acolhimento institucional com apenas dois meses de idades, após denúncias de maus-tratos feitas pelo Ministério Público aos seus pais biológicos R. R. A. e M. P. N.¹⁵⁹

Quando estava com dois anos de idade, iniciou-se o seu processo de adoção pelo casal V. M. S. e L. D. A., que se tornaram seus guardiões legais. Porém, antes de finalizar a adoção, após mais de dois anos de convívio no lar adotivo, os pais biológicos da menor conseguiram provar à justiça que se reabilitaram, requerendo o retorno do convívio com a filha.¹⁶⁰

Em abril de 2013, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou o retorno da criança à família biológica. Com o trânsito em

¹⁵⁸ BRASIL.Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 10079100545320001-MG**. Apelante: M.P.N. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Belizário de Lacerda. Belo Horizonte, 09 de abril de 2013. Data de Publicação: 12/04/2013. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114947757/apelacao-civel-ac-10079100545320001-mg>> Acesso em: 16 mar 2015.

¹⁵⁹ FRAGA, Vitor. **Para especialistas, criança adotada não deve voltar a pais biológicos, 2014**. Disponível em: < <http://www.oab-rj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18017-para-especialistas-crianca-adotada-nao-deve-voltar-a-pais-biologicos>>. Acesso em: 20 abr 2015.

¹⁶⁰ FRAGA, Vitor. **Para especialistas, criança adotada não deve voltar a pais biológicos, 2014**. Disponível em: < <http://www.oab-rj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18017-para-especialistas-crianca-adotada-nao-deve-voltar-a-pais-biologicos>>. Acesso em: 20 abr 2015.

julgado da referida ação, foi iniciado um novo pleito, figurando como autores os pais adotivos, requerendo a destituição do poder familiar dos genitores de M. E.¹⁶¹

Nessa nova ação, de que trata a presente análise, houve julgamento parcialmente procedente em primeira instância, decretando a perda do poder familiar dos pais biológicos da menor, com base no artigo 1.638, II, do Código Civil¹⁶².

Nas razões de Apelação, os genitores alegam não mais subsistirem as circunstâncias que ensejaram a destituição provisória do pátrio poder, requerendo a total improcedência do pedido da destituição definitiva.

O desembargador relator fundamentou sua decisão no artigo 19¹⁶³, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entendendo que a prevalência de atender ao direito que tem a criança de ser educada e criada no seio de uma família, pertence aos familiares biológicos.

Ressaltou a manifestação do Ministério Público de que não haveria justificativa para afastar a criança do acolhimento familiar, vez que não houve qualquer caso de abuso previstos no artigo 1.638 do CC, para caracterizar o seu afastamento definitivo do lar biológico. Além do que, o referido vínculo afetivo com a família substituta não é determinante a ponto de causar traumas a menor.

¹⁶¹ FRAGA, Vitor. **Para especialistas, criança adotada não deve voltar a pais biológicos**, 2014. Disponível em: < <http://www.oab-rj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18017-para-especialistas-crianca-adotada-nao-deve-voltar-a-pais-biologicos>>. Acesso em: 20 abr 2015.

¹⁶² BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 abr 2015.

¹⁶³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990.**

Art.19. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 mar 2015.

Com base nos dispositivos apresentados e por entender demonstrado que os pais biológicos detêm condições para cuidar da filha, revogou a guarda à família substituta.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecer que a criação e educação de uma criança ou adolescente no seio de uma família substituta constitui medida excepcional, expressa o entendimento de que a manutenção na família natural representa o melhor interesse daqueles indivíduos.¹⁶⁴

Ao basear sua decisão no artigo supracitado, o relator seguiu tal entendimento, partindo da premissa de que com a aplicação seca da letra da lei restaria alcançado o melhor interesse da menor.

A exacerbada valorização da família natural despendida pelo Estatuto pode acabar por dificultar o exame do caso concreto, já que nem sempre a reintegração da criança e do adolescente em sua família biológica representarão o seu melhor interesse.¹⁶⁵

Como já mencionado, a investigação do que configurará o melhor interesse da criança se dará sempre no caso concreto, cabendo ao julgador uma avaliação aprofundada das circunstâncias levadas à juízo.¹⁶⁶

O relator repetiu e enfatizou por vezes que as circunstâncias fáticas denotam que os genitores da menor detêm agora condições de cuidar da filha, o que importaria a revogação da guarda dos pais adotivos em favor dos biológicos, já que a família natural figura em primeiro lugar na escala de prioridades para com a menor.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

¹⁶⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. O Princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 285-301, julho/dezembro de 2012.

¹⁶⁶ **COLEÇÃO** Abrigos em movimento. Cada caso é um caso: a voz da criança e dos adolescentes em situação de abrigo. 1ª ed. São Paulo: Associação Fazendo História, 2010. Disponível em: <www.direitoshumanos.gov.br>. Acesso em: 22 jul 2014.

“Tendo em vista que o interesse da criança é que está sendo objeto de intervenção estatal e não o dos pais biológicos ou dos adotivos”¹⁶⁷, a investigação deveria sobrepesar as consequências psicológicas, morais e materiais para a criança com a sua retirada do lar habitual para a reintegração na família natural, e não apenas a reabilitação desta, priorizando os interesses do menor e não dos pais.

Cabe lembrar que o princípio do melhor interesse traduz-se na direção que o operador do direito deve tomar, no exercício de suas funções, de forma a garantir que os interesses do menor prevaleçam aos de outros indivíduos, sempre que estiverem em conflito.¹⁶⁸

Em manifestação acolhida pelo julgador, a Procuradoria Geral de Justiça alegou que:

“O referido vínculo afetivo com a família substituta não é determinante a ponto de causar traumas na menor com a ruptura daquela relação adotiva que, com certeza, não substitui a relação (...) dos pais e irmãos biológicos.”¹⁶⁹

Ainda, defendeu o douto relator que:

“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.”¹⁷⁰

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5ª Turma Cível). **Apelação Cível nº 19980130016876-DF**. Apelante: D.P.L. Apelado: J.L.A. Relator: Desembargador Asdrubal Nascimento Lima. Brasília, 23 de abril de 2001., Data de Publicação: DJU 14/11/2001 Pág. 175. Disponível em < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3142217/apelacao-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-apl-19980130016876>> Acesso em: 16 mar 2015.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBR_E_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set 2014.

¹⁶⁹ BRASIL.Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 10079100545320001-MG**. Apelante: M.P.N. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Belizário de Lacerda. Belo Horizonte, 09 de abril de 2013. Data de Publicação: 12/04/2013. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114947757/apelacao-civel-ac-10079100545320001-mg>> Acesso em: 16 mar 2015.

¹⁷⁰ BRASIL.Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº**

Com a idade em que se iniciou o processo de adoção até a idade atual, por volta de cinco anos, houve tempo suficiente para criação de laços afetivos com os pais adotivos. E, considerando a mudança da instituição de acolhimento para o lar substituto, uma nova mudança de ambiente nessa fase de formação de referência familiar poderá acarretar em sérias confusões e problemas psicológicos para a menor. Em manifestação sobre o caso, o presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo Pereira, considerou uma violência tirar a menor do lar que está ambientada há mais de três anos.¹⁷¹

É certo que a família é o núcleo inicial onde a criança irá firmar seus primeiros vínculos afetivos, onde irá encontrar o conforto e a segurança que necessita para formar sua personalidade e seus valores, e garantir seu desenvolvimento saudável. Porém, esta família pode ser tanto natural como substituta, podendo os dois modelos formar adequadamente uma pessoa em desenvolvimento,¹⁷² sendo que a que atenderá aos interesses do infante no caso concreto dependerá de uma avaliação específica, não podendo seguir uma regra concreta, uma solução comum.¹⁷³

Sobre o caso, especificamente nesse ponto, manifestou-se Rodrigo Pereira¹⁷⁴:

“A família não é um elemento da natureza. Os laços de sangue não são suficientes para garantir uma relação familiar. Muitas dessas decisões [de devolução] estão travestidas de preconceito.”

10079100545320001-MG. Apelante: M.P.N. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Belizário de Lacerda. Belo Horizonte, 09 de abril de 2013. Data de Publicação: 12/04/2013. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114947757/apelacao-civel-ac-10079100545320001-mg>> Acesso em: 16 mar 2015.

¹⁷¹ REIS, Thiago. **Devoluções de crianças em adoção a pais biológicos preocupam entidades: casos na justiça provocam embates e causam receio em pretendentes.** São Paulo, 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/devolucoes-de-criancas-em-adoacao-pais-biologicos-preocupam-entidades.html> >. Acesso em: 20 abr 2015.

¹⁷² ESTEVES, Claudia Michele de Medeiros. **A excepcionalidade da adoção internacional e o melhor interesse da criança e do adolescente.** 2010. 75 f. Monografia Trabalho de Conclusão de Curso de Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília, novembro de 2010.

¹⁷³ SIQUEIRA, Samanta Rodrigues *et al.* **O princípio do melhor interesse da criança e sua importância na atuação do núcleo de estudos e defesa dos direitos da infância e da juventude – NEDIJ.** [s.l.]:[s.e.],[s.a.].

¹⁷⁴ REIS, Thiago. **Devoluções de crianças em adoção a pais biológicos preocupam entidades: casos na justiça provocam embates e causam receio em pretendentes.** São Paulo, 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/devolucoes-de-criancas-em-adoacao-pais-biologicos-preocupam-entidades.html> >. Acesso em: 20 abr 2015.

Considerando que todos os institutos familiares devam receber a mesma proteção, e que os interesses da criança e do adolescente devem ser sobreponderados em relação aos demais, entende-se que, no caso, não houve uma correta mensuração das consequências da retirada abrupta da menor, que já possui vínculos e referências familiares em seu lar biológico.

CONCLUSÃO

Na presente monografia foi realizado um estudo sobre os princípios da prevalência da família natural e do melhor interesse da criança e do adolescente, buscando-se defender a possibilidade de relativização daquele em face deste.

Para comprovar essa tese, foi feita uma análise dos princípios gerais que permeiam o campo do direito da criança e do adolescente, das posições adotadas por juristas, doutrinadores e aplicadores do direito, da legislação menorista, bem como de jurisprudências que envolvem a aplicação desses conceitos, com o objetivo de demonstrar a possibilidade da relativização, quando se adequando a regra da prevalência da família natural às necessidades de determinada criança ou adolescente na situação concreta.

Constatou-se que a Constituição Federal e os profissionais que atuam no Direito de Família reconhecem o instituto da família como essencial para o satisfatório desenvolvimento do indivíduo e preparação para a vida em sociedade, estando intrínseco à garantia da dignidade humana o direito da criança e adolescente de serem criados em um núcleo familiar saudável.

Observou-se que o Direito de Família vem renovando seus conceitos ao recepcionar novos modelos de família e considerar suas reais possibilidades de formar um indivíduo com dignidade, pautando-se na afetividade e no respeito aos interesses do menor, tanto quanto uma família formada por vínculos sanguíneos.

A ideia de supervalorizar das famílias formadas por laços sanguíneos em detrimento das formadas a partir do afeto, reforçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, parece não acompanhar mais a realidade da sociedade, ademais pelas consequências que esse conceito vem trazendo a diversos menores, quando aplicado de forma isolada no caso concreto.

Após a pesquisa realizada, viu-se que para alcançar o melhor interesse de um menor em situação de risco, de forma a abarcar o máximo de garantias necessárias para o seu desenvolvimento e formação, a decisão da medida a ser tomada

dependerá das circunstâncias de cada situação, não podendo se seguir uma regra concreta, uma solução comum.

O princípio do melhor interesse figura como protetor do infante como ser inserido em uma família, natural ou substituta. Toda decisão a ser tomada pelo aplicador do Direito, deve considerar não apenas o interesse momentâneo do menor, mas a solução cujos benefícios refletirão a melhor medida para a vida dele.

Ao perceber que o melhor interesse é evocado tanto para justificar a medida de manutenção ou reintegração de um infante no lar natural como para integrá-lo a um lar substituto, vê-se que a avaliação do caso concreto é que irá determinar qual será a melhor medida a ser tomada, se a colocação em família substituta ou a manutenção ou reintegração na família natural, não sendo razoável admitir uma preferência padrozinada a uma dessas medidas.

Comprovou-se a aceitação da relativização do princípio da prevalência da família, que já é discutida por alguns doutrinadores e adotada por alguns julgadores. Também constatou-se ser um tema atual e em voga, tendo inclusive, conforme exposto no trabalho, o Ministério da Justiça convidado o Instituto Brasileiro de Direito de Família para discutir um proposta de alteração na lei menorista, justamente quanto a preferência que destina à manutenção ou reintegração do infante em sua família natural em face de qualquer outra providência.

Portanto, diante dos argumentos apresentados e desenvolvidos no decorrer dessa pesquisa monográfica, é patente reconhecer a possibilidade de se relativizar uma medida que é tida como absoluta pela lei menorista, quando contraposta com o melhor interesse do menor, e sua aplicação ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andréia. **Caderno de apoio MATER: espécies de família**. Disponível em: <<http://masterjurisonline.com/wp-content/uploads/2014/01/CAM-FlexA-Fam%C3%ADlia-e-Sucess%C3%B5es-02.pdf>> Acesso em: 01 set 2014.

ARAUJO Jr., Gediel Claudino de. **Prática no estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 6 nov 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 12 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 mar 2015.

BRASIL. **IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2625/2700>> . Acesso em: 9 nov 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5ª Turma Cível). **Apelação Cível nº 19980130016876-DF**. Apelante: D.P.L. Apelado: J.L.A. Relator: Desembargador Asdrubal Nascimento Lima. Brasília, 23 de abril de 2001., Data de Publicação: DJU 14/11/2001 Pág. 175. Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3142217/apelacao-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-apl-19980130016876>> Acesso em: 16 mar 2015.

BRASIL.Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 10079100545320001-MG**. Apelante: M.P.N. Apelado: M.P.E.M.G. Relator: Belizário de Lacerda. Belo Horizonte, 09 de abril de 2013. Data de Publicação: 12/04/2013. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114947757/apelacao-civel-ac-10079100545320001-mg>> Acesso em: 16 mar 2015.

COLEÇÃO Abrigos em movimento. Cada caso é um caso: a voz da criança e dos adolescentes em situação de abrigamento. 1. ed. São Paulo: Associação Fazendo História, 2010. Disponível em: <www.direitoshumanos.gov.br>. Acesso em: 22 jul 2014.

COLEÇÃO Conhecendo a 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal: adoção, orientação às gestantes, guarda e tutela. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-do-df/adocaoGuarda.pdf>> Acesso em: 29 ago 2014.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA, Sandra. **A tomada de decisão na proteção à infância. Como decidimos o que é o supremo interesse da criança**. 2012. <Disponível em: http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0234_ed.pdf> Acesso em: 28 ago 2014.

DIÁCOMO, Murillo José; DIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. **Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, centro de apoio operacional das promotorias da criança e do adolescente**, 2012.

DUARTE, Adriano. Farroupilha é referência em programa de adoção. **Pioneira**, dez 2011. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/12/farroupilha-e-referencia-em-programa-de-adocao-3607076.html>>. Acesso em: 5 nov 2014.

ESTEVES, Claudia Michele de Medeiros. **A excepcionalidade da adoção internacional e o melhor Interesse da criança e do adolescente**. 2010. 75 f. Monografia (Bacharelado). Universidade Católica de Brasília, Brasília, novembro de 2010.

EVANGELISTA, Anderson Pereira *et al.* **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 419.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. **A garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente: o diagnóstico inicial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no “projeto cada criança, uma família”**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/07_garantia.pdf> Acesso em: 30 ago 2014.

FIGUEIREDO, Anna Paula Cavalcante Gonçalves. **Família: a reafirmação pela Lei nº. 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, de sua importância para a proteção constitucional da criança e do adolescente**. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8258>. Acesso em: 04 set 2014.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

FRAGA, Vitor. **Para especialistas, criança adotada não deve voltar a pais biológicos**, 2014. Disponível em: < <http://www.oab-rj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18017-para-especialistas-crianca-adotada-nao-deve-voltar-a-pais-biologicos>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **LexMagister**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLASCENTE.aspx>. Acesso em: 10 set. 2014.

GONTIJO, Juliana. **Guarda: poder familiar: bens dos filhos**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/material-juridico/direito-das-familias/>> Acesso em: 10 nov. 2014.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha. **O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar**. In: PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino *et al.* O direito à convivência familiar e comunitária e suas implicações no poder familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2530&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 10 out 2014.

ISHIDA, Kenji Valter. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

LAMENZA, Francismar. **Estatuto da criança e do adolescente interpretado**. Barueri, São Paulo: Manole, 2012.

LOPES, Valquíria, GIUDICE, Patrícia. **Justiça tira criança de guardiões e a devolve aos pais biológicos: o caso polêmico, que se arrasta há quatro anos, divide opiniões até mesmo entre magistrados**, 2013. Disponível em:<http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/16/interna_gerais,460277/justica-tira-crianca-de-guardioes-e-a-devolve-aos-pais-biologicos.shtml>. Acesso em: 20 abr 2015.

MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 266.

Manual do Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, Parte geral. v. 1. Disponível em:

<http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/suporte_tecnicojuridico/manual%20promotor%20_vol1_2ed.pdf> Acesso em: 20 out 2014.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 285-301, jul./dez.2012.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** 2007. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 20 ago 2014.

NETO, José Alves Tomaz; LIRA, Daniel Ferreira de. **A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento do recurso extraordinário 466.343-1**, São Paulo, 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686> Acesso em: 20 nov 2014.

OLIVEIRA, Shawanna Reis De. **Os princípios constitucionais frente aos direitos da criança e do adolescente**, 2010. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/artigos/os-principios-constitucionais-frente-aos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/53272/>>. Acesso em: 27 out. 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança e do adolescente: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REIS, Thiago. **Devoluções de crianças em adoção a pais biológicos preocupam entidades: casos na justiça provocam embates e causam receio em pretendentes**. São Paulo, 2014. Disponível em <

<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/devolucoes-de-criancas-em-adoacao-pais-biologicos-preocupam-entidades.html> >. Acesso em: 15 abr 2015.

SANTOS, Eliane Araque, 2006 apud SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios Constitucionais e as relações familiares**, 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> Acesso em: 25 out 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang apud COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**, 2012.

SEDA, Edson. ECA comentado: Art. 88, Livro2 – Política de atendimento. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12 ed. São Paulo: Malheiros. Disponível em:

<<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-88livro-2---tema-politica-de-atendimento>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

SILVA, André Ribeiro Molhano *et al.* **Princípio do melhor interesse do menor.** Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em: 12 set 2014

SIQUEIRA AC, Dell'Aglio. Retornando para a família de origem: fatores de risco e proteção no processo de reinserção de uma adolescente institucionalizada. **Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano**, 2007.

SIQUEIRA, Samanta Rodrigues *et al.* **O princípio do melhor interesse da criança e sua importância na atuação do núcleo de estudos e defesa dos direitos da infância e da juventude – NEDIJ.** [s.l.]:[s.e.],[s.a.].

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios Constitucionais e as relações familiares, 2010.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400> Acesso em: 25 out 2014.

SOUZA, Jane de. **Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente aplicado ao Direito de Família**, 2011. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 30 ago 2014.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>>. Acesso em: 10 nov 2014.

TOMAZ NETO, José Alves; LIRA, Daniel Ferreira de. **A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo**, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686> Acesso em: nov 2014

Tribunal de Justiça do Estado do Goiás: colocação em família substituta: guarda, tutela e adoção. Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/comarca-juizado-infancia-juventude-aparecida-de-goiania/guarda-tutela-e-adocao>> Acesso em: 30 ago 2014.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 27 ago. 2014.