



Revista
Técnico-Científica



**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E
A RECEPÇÃO DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: o período de junho de 2014 a
julho de 2019**

***THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS
AND THE RECEPTION OF THE INTEGRAL PROTECTION
DOCTRINE BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: the period from
June 2014 to July 2019***

Josiane Rose Petry Veronese¹

Jesiel Raul da Silva Machado Ribeiro²

RESUMO: O presente artigo analisou decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito da Doutrina da Proteção Integral, no contexto dos direitos fundamentais específicos: direito à vida; direito à saúde; direito à liberdade; direito à dignidade e direito à convivência familiar. A pesquisa ocupou-se do período de junho de 2014 a julho de 2019 e foi realizada entre agosto de 2018 e julho de 2019. O período escolhido, 2014 a 2019, tem sua razão no fato das alterações que fora objeto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir de 2014, com a Lei Menino Bernardo – Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, que deu maior visibilidade à violência sofrida por crianças e adolescentes no Brasil. Ao longo dos doze meses de pesquisa, foram realizadas: (i) pesquisas dos conceitos e fundamentos da Doutrina da Proteção Integral; (ii) identificação de como a compreensão da proteção integral tem norteado o Direito da Criança e do Adolescente; (iii) verificação da presença e consequente recepção da “Doutrina da Proteção Integral” pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O método de abordagem empregado foi o hipotético-dedutivo, como técnica de

¹ Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente. Em estágio de pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, sob a supervisão do Prof. Dr. Airton Cerqueira-Leite Seelaender. Acadêmica da Cadeira n. 1, da Academia de Letras de Biguaçu/SC. Email: jpetryve@uol.com.br.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bolsista PIBIC-2018/2019. Pesquisador do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente.

pesquisa eleita foi a monográfica, sendo utilizado como material para elaboração da pesquisa o banco eletrônico de jurisprudência disponibilizado pelo STJ em seu sítio eletrônico (<http://www.stj.jus.br/SCON/>), usando como termo de busca: “Doutrina da Proteção Integral”. Constatou-se que a posição adotada por magistrados possui forte impacto na vida de crianças ou adolescentes, visto que encontram-se em situação peculiar, em plena formação, necessitando de proteção e salvaguarda integral e prioritária do Estado, da sociedade e da família.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Doutrina da Proteção Integral; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: *This article analyses the decisions made by the Superior Court of Justice (STJ) regarding the Integral Protection Doctrine, within the context of specific fundamental rights: the right to live; the right to health; the right to freedom; the right to dignity and the right to family life. The research was conducted in the span of June 2014 to July 2019 and the compilation of data was carried out between August 2018 and July 2019. The time-span of 2014 to 2019 was chosen because of the changes the Statute of the Child and the Adolescent has undergone since 2014, due to the “Menino Bernardo” Law – Law number 13.010, of June 26 2014, which gave greater visibility to the violence suffered by children and adolescents in Brazil. During the twelve months of research, the following were conducted: (i) researches regarding the concept and the groundings of the Integral Protection Doctrine; (ii) the identification of how the comprehension of the integral protection has guided Child and Adolescent Law; (iii) the verification of the presence and the consequential reception of the “Integral Protection Doctrine” by the Superior Court of Justice (STJ). The employed approach was the hypothetic-deductive method, the monograph was elected as the research technique and the jurisprudence databank made available by STJ at their site (<http://www.stj.jus.br/SCON/>) under the search tag for “Integral Protection Doctrine” was used as a material for the elaboration of the research. It was observed that the stance taken by magistrates has great impact in the life of children and adolescents, given that they find themselves in a peculiar situation, that of growth, and they need priority integral safeguarding and protection by the State, the society and the family.*

Keywords: *Fundamental rights; Integral Protection Doctrine; Superior Court of Justice*

INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa realizado tem como marco temporal : junho de 2014 a julho de 2019, elaborada entre agosto de 2018 a julho de 2019. O período escolhido, 2014 a 2019, tem sua razão no fato das alterações que fora objeto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir de 2014, com a Lei Menino Bernardo – Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, que deu maior visibilidade à violência sofrida por crianças e adolescentes no Brasil.

A apreensão de que é fulcral a concretização da Doutrina da Proteção Integral no Brasil é o motor para os debates sobre a colocação desta categoria nos textos

legais, como fora feito na redação do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais normas esparsas sobre a matéria, de forma que incida no raciocínio jurídico quanto a sua aplicabilidade em práticas interpretativas, judiciais e sociais.

Este artigo se volta, justamente, para o escopo, qual seja, o de compreender como a Doutrina da Proteção Integral e suas variações interpretativas no correr dos anos foi capaz de, efetivamente, incidir na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – período 2014 – 2019. Neste sentido, verifica-se a relevância acadêmica-teórica desta proposta para a comunidade jurídica, também, evidencia-se sua importância para o tecido social, em especial às crianças e adolescentes, pois as relações com os seus pares e com os adultos tenderão a ser melhoradas no que toca aos diversos campos de atuação do Direito.

A pesquisa pretendeu verificar a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente a partir da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao referendar a legislação constitucional e estatutária utilizando como razão de decidir a Doutrina da Proteção Integral. Foi utilizado como material para elaboração da pesquisa o banco eletrônico de jurisprudência disponibilizado pelo STJ em seu sítio eletrônico (<http://www.stj.jus.br/SCON/>), usando como termo de busca: “Doutrina da Proteção Integral”

Foram utilizados como principais teóricos que fundamentaram a pesquisa: COSTA, 1992; PEREIRA, 1992, 1996; POPPER, 1975, 1977; VERONESE, 2011, 2018

Como método científico, foi utilizado o método hipotético-dedutivo proposto por Karl Popper (1975; 1977), que se adéqua a este projeto em tema e organização. Esse método considera o conhecimento científico como sendo um processo de especulação controlada.

Este artigo primeiramente situa os Direitos fundamentais, incidindo especificamente sobre: o direito à vida; o direito à saúde; o direito à liberdade; o direito à dignidade e o direito à convivência familiar, por fim, teceu breves considerações sobre o tema abordado.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: direito à vida; direito à saúde; direito à liberdade; direito à dignidade e direito à convivência familiar

A Doutrina da Proteção Integral foi recepcionada para o universo jurídico pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada pela Resolução n. 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Como destaca Pereira (1996, p. 26), a Convenção sobre os Direitos da Criança, ao acolher a Doutrina da Proteção Integral, afirma que os direitos de todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoa em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para as crianças e os adolescentes devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado. Costa (1992, p. 19) pontua:

[...]esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes mercedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá através de políticas específicas para a promoção e defesa de seus direitos.

No Brasil, a Doutrina da Proteção Integral foi recepcionada de modo revolucionário pela Constituição Federal de 1988, ao reservar todo um capítulo à criança e ao adolescente. Indicaremos neste artigo, específicos direitos fundamentais: direito à vida; direito à saúde; direito à liberdade; direito à dignidade e direito à convivência familiar.

2 DIREITO À VIDA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, promulga que todos são iguais perante a lei, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes do país a inviolabilidade do direito à vida. Tal direito é o mais fundamental de todos os direitos, visto que se constitui como pré-requisito à existência e exercício de os demais direitos (MORAES, 2005, p.30).

Temos que o direito à vida, em análise ao texto constitucional, é um dever do estado, cabendo a ele, dispor de mecanismos e políticas que visem sua preservação

e pleno desenvolvimento. Se, por um lado é dever do estado, por outro é direito de todos os cidadãos incluindo-se, em especial as crianças e os adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º, proclama que são direitos fundamentais a vida e a saúde, cabendo ao estado assegurá-los, através de políticas sociais públicas. A Doutrina da Proteção Integral, insere-se neste contexto principalmente nos casos em que há ameaça ou mesmo violação deste direito, que deve ser levada em consideração, segundo critérios biológicos, desde a fecundação até o pleno desenvolvimento, levando-se em conta a teoria conceptualista.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em inúmeros julgados apresenta, como fundamento de suas decisões, a Doutrina da Proteção Integral, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 227 da Constituição Federal da República do Brasil, segundo a redação feita pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010, o qual trouxe inovações quanto à forma de proteção compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade, nos seguintes termos:

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. (BRASIL, 1988, art. 227).

Desse modo, sendo o direito à vida um dever do estado e, considerando a especificidade da criança e do adolescente, enquanto sujeitos especiais em desenvolvimento, a prioridade absoluta, quando encarada pelo poder legislativo e executivo, deve partir desde de a criação e elaboração de políticas públicas que visem sua garantia, como também de instrumentos capazes de torna-se este direito possível, viável e pleno.

O Poder Judiciário, enquanto partícipe do estado, deve também em sua atuação observar a Doutrina da Proteção Integral, da qual decorre o Princípio da Prioridade Absoluta. A pauta de suas decisões deve encarar as demandas sob olhar do princípio do superior interesse da criança e do adolescente, a eles garantido, ainda que em detrimento do suprimento ou precarização de eventuais demandas de menor importância, o pleno gozo dos direitos fundamentais.

Durante a elaboração do presente trabalho, não foram localizadas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que versassem sobre o direito à vida com

fundamento na Doutrina da Proteção Integral, ainda que existentes tantas outras com a perspectiva de defesa da vida, mas que não usaram a expressão (categoria jurídica) “Doutrina da Proteção Integral”.

3 DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde apresenta sua essência, enquanto direito de crianças e adolescentes, em um pré-requisito de existência, sustentado e sustentando o direito à vida, porquanto que a efetivação deste último se faz com um desenvolvimento saudável dos sujeitos, principalmente daqueles que se encontram em situação diferenciada cujo desenvolvimento inicial, qual seja a primeira infância, importa de forma definitiva no restante de sua vida, quer seja como adolescente, quer seja como adulto.

Assim como o direito à vida, o direito à saúde encontra-se positivado no ordenamento jurídico no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como apresentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º.

A efetivação deste direito, no estado brasileiro, dá-se essencialmente através do Sistema Único de Saúde (SUS) e demais políticas públicas, visto que ao poder público compete, prioritariamente, a garantia e a disponibilização de recursos que promovam tal direito.

O Superior Tribunal de Justiça recepciona a categoria jurídica “Doutrina da Proteção Integral” em diversos julgados. Acerca do direito à saúde, pode-se citar, exemplificativamente, o Agravo em Recurso Especial n. 556.574-PR de 2014, de relatoria do ministro Sérgio Kukina, cuja demanda versa sobre o fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, configurando como parte requerente uma criança. A Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta são as balizas para a condução e julgamento da questão, garantindo, no caso em concreto, meios suficientes de manutenção do direito à vida, conforme acórdão que segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO TRATAMENTO. NOVO EXAME

FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. CRIANÇA. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem, com base no substrato fático-probatório, asseverou que a documentação acostada aos autos era suficiente para comprovar o direito líquido e certo reclamado, ou seja, a necessidade do tratamento pleiteado, sendo que a reforma de tal entendimento esbarraria na Súmula 7/STJ. 2. Não se conhece do recurso especial quando o Tribunal de origem analisa a questão posta nos autos com fundamentos de índole eminentemente constitucional. 3. Tendo em conta o diferencial, na espécie, de que o beneficiário da prestação se trata de criança, não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio deve-se à primazia que decorre da **doutrina da proteção integral** e do princípio da prioridade absoluta, positivados no art. 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 556.574 – PR, Primeira Turma do STJ. Relator Min. Sérgio Kukina. Julgado em 25/08/2015). (grifou-se)

4 DIREITO À LIBERDADE

Assim como os demais direitos fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º e incisos apresenta a liberdade como direito fundamental e essencial ao cidadão, devendo ser garantido seu pleno gozo.

O artigo 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre o direito à liberdade, apresenta proteção especial e absoluta à criança e ao adolescente identificando as peculiaridades desses sujeitos, compreendendo-os como seres humanos em desenvolvimento, conferindo reconhecimento enquanto sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, conferidos pela Constituição Federal de 1988.

Quanto à abrangência do direito à liberdade o Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta o seguinte:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
 I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvadas as restrições legais;
 II - opinião e expressão;
 III - crença e culto religioso;
 IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
 V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
 VI - participar da vida política, na forma da lei;
 VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Neste aspecto, verifica-se que “apesar de serem elencados apenas sete princípios, a interpretação deste artigo não deve se restringir apenas a estes incisos. Todos os demais aspectos decorrentes da Doutrina da Proteção Integral devem ser garantidos” (VERONESE E SILVEIRA, 2011, p. 62).

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, aplicando a Doutrina da Proteção Integral:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DE VIA ELEITA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 - USO DE ENTORPECENTES. DELITO PARA O QUAL NÃO SE PREVÊ, PARA O MAIOR IMPUTÁVEL, PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, MAS RESTRITIVA DE DIREITOS. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR INIMPUTÁVEL. INTERNAÇÃO QUE SE APRESENTA MAIS GRAVOSA E DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2- A Constituição Federal, em seu art. 227, § 3º, inciso V, ao consagrar a **doutrina da proteção integral** às crianças e aos adolescentes, dispõe que as medidas privativas de liberdade, se aplicadas ao menor, devem obedecer aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, privilegiando sempre viabilizar a reintegração do menor ao convívio social, bem como à vida familiar.

3- Seguindo o referido princípio, a internação, meio mais gravoso de restrição à liberdade do menor infrator, deve ser imposta apenas quando nenhum outro meio se mostrar adequado ao caso, nas hipóteses taxativas do art. 122 do ECA.

4- O art. 28 da Lei nº 11.343/2006, ao punir a posse de entorpecentes para consumo próprio, não autoriza a privação da liberdade do condenado, pessoa adulta e plenamente imputável, mas prevê tão somente a aplicação de penas restritivas de direitos. Diante disso, se o menor ou o adolescente gozasse de plena imputabilidade penal, não seria submetido a medida privativa de liberdade, como ocorre na internação.

5- É manifesto o constrangimento ilegal, por violar o princípio da proteção integral do menor inimputável, a imposição, ao paciente, da medida excepcional e mais gravosa de internação pela prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas que, se cometido por adulto, não autorizaria a privação da liberdade do autor. Precedentes desta Corte e de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.

6- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a aplicação da medida socioeducativa de internação ao paciente, sem prejuízo da imposição de qualquer medida prevista no art. 112 da Lei nº 8.069/90, desde que não implique a privação, mesmo que parcial, da liberdade de ir e vir do paciente. (Habeas Corpus Nº 338.851 – SP, Quinta Turma do STJ. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 23/02/2016). (grifou-se)

Isto posto, foi possível constatar a aplicação Doutrina da Proteção Integral, enquanto garantidora dos direitos da criança e do adolescente, como instrumento jurídico cuja proteção destes sujeitos se destinam. Ademais, é possível constatar a observância do Princípio da Prioridade Absoluta na análise dos casos em que os sujeitos de eventual violação de direitos sejam crianças ou adolescentes, indicando a condição peculiar e a necessidade de intervenção diferenciada, cuja proteção deve prioritariamente antever os demais aspectos a serem observados.

5 DIREITO À DIGNIDADE

O direito à dignidade, quando posto como direito fundamental, abrange todos os brasileiros, porquanto que apresentado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, devendo ela ser assegurada e garantida a todos, sem distinções.

Em se tratando de criança e adolescente, maior deve ser a garantia de pleno gozo deste direito. Tanto é que o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta, em seu artigo 18, ao cuidar do direito à dignidade, dispõe que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

A generalidade do referido dispositivo, após intenso debate acerca dos instrumentos violadores do direito à dignidade, foi sancionada em junho de 2014 a Lei 13.010, Lei “Menino Bernardo”, a qual apresentou consideráveis mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente ao apresentar vedações à cultura do castigo e da violência, tradicionalmente aplicada na educação das crianças e dos adolescentes. “A primeira análise que se faz dessa lei é a de que se faz necessária uma agenda educacional, com firme base principiológica, cuidadora e facilitadora, voltada às ações de paz e de respeito à dignidade, que instrumentalize um projeto de reconhecimento e de consolidação de uma cultura da não violência” (RIVEIRA, 2018, p. 82).

Sobre o direito à dignidade das crianças e dos adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça, em observância a Doutrina da Proteção Integral, ao julgar o Habeas Corpus n. 468.691-SC, caso que, sucintamente, tratava-se de suposta adoção irregular por parte de um casal, na qual o esposo registrou uma criança em como pai, fraudando o registro civil, com a concordância da genitora.

O ministro Luís Felipe Salomão, relator do HC, ao proferir seu voto consignou que:

“[...] A hipótese presente exige, por certo, uma ponderação de interesses a serem solvidos com a aplicação dos princípios que norteiam o sistema de proteção integral e prioritária da criança e do adolescente, temperados pelo olhar sensível do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente não se rege pelo critério da legalidade estrita, mas sim pelo critério finalístico que se alcança por meio de uma interpretação teleológica objetivando os fins sociais a que a lei se dirige, consoante o art. 6º do citado diploma.” (Habeas Corpus Nº 468.691 – SC, Quarta Turma do STJ. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 12/02/2010).

Isto posto, temos que o direito à dignidade é efetivado, quando o superior interesse da criança e do adolescente é observado, aplicando de modo correto a Doutrina da Proteção Integral e o princípio da Prioridade Absoluta, considerando-os como sujeitos de direitos em formação, sendo-lhes resguardado especial tratamento legal e social.

6 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

6.1 Guarda

O instituto da guarda, apresentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 33 e parágrafos, é “a primeira modalidade de colocação em família substituta contemplada pelo estatuto, podendo ser conceituada como ‘instituto pelo qual alguém assume a responsabilidade sobre menor de 18 anos, passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência espiritual, material, educacional e moral” (VERONESE E SILVEIRA, 2011, p.95).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três tipos de guarda, são elas: I- guarda provisória (§1º), na qual ela é concedida através de medida liminar judicial, ou por pleito acidental, dentro dos procedimentos de tutela e adoção; II- guarda permanente (§2º), em que se procura atender situações peculiares fora do processo de tutela ou adoção; e III- guarda peculiar (§ 2º), que visa somente à representação eventual da criança e do adolescente em determinada ocasião em que se faça impossível a presença dos pais.

Ao julgar o Habeas Corpus n. 440.752 – PR, o Superior Tribunal de Justiça, sob fundamento da Doutrina da Proteção Integral, em demanda cujo objeto era guarda de criança pleiteada pela avó, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a **doutrina da proteção integral** (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 2. É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados (art. 100 da Lei nº 8.069/1990). 3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal. 4. Ordem concedida. (Habeas Corpus Nº 440.752 – PR, Terceira Turma do STJ. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24/04/2018). (grifou-se)

6.2 Tutela

A tutela está vinculada diretamente ao poder familiar. O artigo 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que só será concedida, após prévia decretação de perda ou supressão do poder familiar, implicando necessariamente o dever de guarda, podendo-a contemplar aqueles cuja idade seja inferior a 18 anos.

Em que pese a similaridade entre o instituto do poder familiar e a tutela, a independência de atuação do primeiro encontra-se restringida no da tutela, posto que inúmeros atos estão sujeitos a prévia apreciação judicial para sua prática, conforme disciplina o título IV, capítulo I, do Código Civil, em especial o artigo 1.740 e seguintes.

Os deveres do tutor encontram-se positivados no Código Civil, conforme segue:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

- I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;
- II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;
- III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

- I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;
- II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;

III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;
 IV - alienar os bens do menor destinados a venda;
 V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I - pagar as dívidas do menor;
 II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;
 III - transigir;
 IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;
 V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:

I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;
 II - dispor dos bens do menor a título gratuito;
 III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

Acerca da tutela, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar demanda que versava sobre criança órfã de dupla nacionalidade, residente no Brasil, cujos avós paternos e maternos residiam em países diversos, possuindo um tio materno residente no Brasil, assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL - DISPUTA JUDICIAL POR PARTE DOS AVÓS PATERNOS E MATERNOS, RESIDENTES EM PAÍSES DIVERSOS, PELA TUTELA DE NETO, CRIANÇA DE DUPLA NACIONALIDADE QUE SE TORNARA ÓRFÃ EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO NO BRASIL, DO QUAL RESTARAM FATALMENTE VITIMADOS OS RESPECTIVOS PAIS - TUTELA ATRIBUÍDA ORIGINARIAMENTE, SEM OPOSIÇÃO, A TIO MATERNO RESIDENTE NO BRASIL - POSTERIOR PEDIDO DE ESCUSA DO ENCARGO DEVIDO A PROBLEMAS PESSOAIS DE SAÚDE DO TUTOR - REQUERIMENTO DE TUTELA AJUIZADO PELAS AVÓS MATERNA BRASILEIRA E PATERNA FRANCESA - DECISÃO DO R. JUÍZO CÍVEL EM COMPARTILHAR A TUTELA DA CRIANÇA ENTRE AS AVÓS, MANTENDO-SE, CONTUDO, A CRIANÇA NO BRASIL - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA AVÓ PATERNA, PROVIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM A DETERMINAÇÃO DE REPATRIAMENTO IMEDIATO DA CRIANÇA PARA A FRANÇA, FUNDAMENTADO NA CONVENÇÃO DE HAIA. IRRESIGNAÇÃO DA AVÓ MATERNA BRASILEIRA. 1. Fundamento adotado pelo v. acórdão recorrido é claro e suficiente para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário - como se tem repetido - ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. 2. O Código de Processo Civil, ao tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária, apresenta disciplina própria em relação ao instituto da tutela, regulado a partir do artigo 1.187. No ponto, as regras dos artigos 1.192 e 1.193 não deixam margem de dúvida acerca da natureza de sentença, mormente quando, no caso concreto, o r. juízo a quo decidiu, no mesmo momento, pela concessão de segunda tutela em favor das avós, bem como

autorizou a dispensa da tutela anteriormente concedida ao tio materno da criança. 3. No caso dos autos, o objeto da demanda não é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional. Aqui não há se falar em pedido de busca e apreensão promovido pela União, com fundamento na Convenção de Haia. O que se discute é a tutela da criança. 3.1. A hipótese dos autos é distinta, pois o menor encontrava-se no Brasil, sob a guarda de seus pais, até o dia do acidente em que ficou órfão, não tendo sido removido, de forma ilícita, de seu país de origem. Trata-se, em consequência, de questão envolvendo a tutela de interesses disputados entre particulares que, inclusive, não demanda a intervenção da União no feito, conforme expressamente admitido pela Autoridade Central da Administração Federal - ACAF, órgão do Ministério da Justiça. 3.2. É incontroverso que o menor veio ao Brasil, na companhia de ambos os pais, que exerciam plenamente o poder familiar (guarda) sobre o filho, o qual, portanto, ingressou e permaneceu neste país de forma absolutamente lícita e regular, restando óbvio que, em razão dessa verdade, tanto a avó paterna, ora recorrida, quanto a materna, aqui recorrente, não detinham originariamente guarda ou poder familiar algum sobre o neto, vez que este direito/dever, conforme já averiguado, era regular e validamente exercido pelos próprios pais, que moravam na cidade de Paris, em França (fls. 1.069/1.096, e-STJ) e estavam no Brasil, com o filho, quando do acidente que cisou a vida dos primeiros e feriu gravemente a criança que contava, então, com dois anos de idade, cuja tutela, agora, é disputada pelas avós. 3.3. Sendo assim, forçoso reconhecer a inaplicabilidade da Convenção de Haia, na hipótese dos autos, porquanto não preenchidos os requisitos de seu artigo 3º, ou seja, i) não houve violação de guarda, porque exercida plenamente por ambos os pais, na época da chegada da criança ao Brasil e; ii) não havia, em favor da avó paterna, ora recorrida, direito de guarda do menor. 4. Na expressa dicção do art. 90 do CPC, "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas." Ademais, conforme determina o art. 76, parágrafo único, do Código Civil, o domicílio do incapaz é o do seu representante legal. Hipótese de competência internacional concorrente e de domicílio necessário do tutelado. 5. Considerando que um dos requisitos formais exigidos pela legislação, como visto, é o trânsito em julgado da decisão a ser homologada, na hipótese em foco, a tutela concedida por meio de decisão judicial da Justiça Francesa está sendo questionada, pelos parentes brasileiros, por meio de recurso próprio, é inequívoco que a sentença estrangeira não preenche o requisito do trânsito em julgado, circunstância a impedir a homologação perante o Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, a própria execução do julgado no território nacional brasileiro. 6. Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a **doutrina da proteção integral**, foram modificados profundamente os paradigmas orientadores acerca dos fatores a serem considerados quando da prolação de decisões que envolvem temáticas referentes à infância e juventude, adotando-se, a partir de então, o princípio do melhor interesse da criança. 6.1 Dessa forma, referido princípio - do melhor interesse da criança - tornou-se tanto orientador para o legislador, como para o aplicador da norma jurídica, já que estabelece a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica e de elaboração da decisão que venha a solucionar demandas na área alcançada pela temática da infância e juventude. 6.2 Com esse norte hermenêutico, não se pode ignorar o conteúdo do parecer psicossocial e dos laudos médicos elaborados por diversos e conceituados profissionais que assistem a criança desde o acidente - especialistas que, de modo autônomo e integrado, atuam nas áreas da neurologia, psicologia, fisioterapia, fonoaudióloga, terapia-ocupacional e neuro-pediatria - os quais recomendam, sem exceção, a manutenção da criança no Brasil neste momento, sob pena do risco de regresso em seu tratamento, ante a possível ruptura da recuperação não apenas física mas também emocional, caso

interrompido o tratamento do paciente e, também, se rompidos, outra vez, os relacionamentos já estruturados, somatório de fatores que se manifestam no sentido de conferir atenção ao melhor interesse da criança, sendo indiscutivelmente mais proveitoso ao menor que permaneça no Brasil, no meio onde ora se encontra e, conseqüentemente, com a avó materna. E isso, registre-se para a posteridade histórica das famílias, não em virtude de a avó paterna não reunir condições para ter o neto em sua companhia, mas, sim, porque as graves circunstâncias ditadas pelos infelizes fortuitos dos acontecimentos da vida certamente já submetem esta criança a agruras bastantes para que agora se imponha, novamente de modo inesperado e pouco compreensível a ela, complexa adaptação, isto é, mais outra abrupta modificação, não apenas das rotinas de seu cotidiano (dia a dia), mas ao próprio relacionamento com as pessoas que atualmente lhe são próximas, enfim, reiterando a desestruturação estética de fatos e da situação recém consolidada ante contingências absolutamente alheias à vontade dos próprios protagonistas. 6.3 Essas circunstâncias, vistas em conjunto, não foram adequadamente enfrentadas pelo v. acórdão recorrido, daí porque não há se falar em incidência da Súmula 7/STJ, muito embora apreciadas a seu modo pelo juízo de primeiro grau, sem que ocorra supressão de instância, não mereceram definição jurídica pelo Tribunal de origem, o qual se quedou ao largo da principiologia do melhor interesse da criança, destacadamente ao não considerar as recomendações médicas, limitando-se a afirmar que na França a criança poderia obter tratamento médico semelhante ao que conta no Brasil, desconsiderando o caráter emocional e afetivo do caso, notadamente em razão da tragédia que atingiu a criança. 6.4 Nesse contexto, em virtude das orientações médicas e do relatório psicossocial e, portanto, conforme o princípio do melhor interesse da criança, a teor de sua proteção integral, é de rigor sua manutenção no Brasil, com a avó materna, tendo em conta que já possui laços de afetividade, social e familiar, o que tem propiciado, sem dúvida, o êxito em seu delicado tratamento médico. Precedentes do STJ em casos análogos. 6.5 É certo que a própria criança, no futuro, poderá iniciar a discussão quanto a sua ida ou não, para a França em caráter provisório ou definitivo como resultado de seu melhor interesse. Nesse contexto, não há vedação a que, no real e mais elevado propósito do bem estar do menino, na sua formação e crescimento, possa verificar-se nova adequação quanto à sua permanência neste ou naquele país, sempre se recordando do que diz o art. 28, caput, do ECA, ao estatuir que, se a criança contar com menos de 12 (doze) anos, sua opinião será levada em consideração. Ao passo que se for maior de 12 (doze) anos, é condicionante a sua anuência. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Recurso Especial n. 1.449.560-RJ, Quarta Turma do STJ. Relator Min. Marco Buzzi. Julgado em 19/08/2014). (grifou-se).

6.3 Adoção

A adoção configura como medida excepcional e irrevogável, nos termos do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua aplicação só deve ocorrer após o esgotamento de todas as possibilidades de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

Ao adotado é atribuída a condição de filho dos adotantes, possuindo os mesmos direitos e deveres, incluído os sucessórios, perdendo qualquer vínculo com

os pais ou parentes, a não ser que haja impedimentos matrimônias, conforme artigo 41 do Estatuto sob comento.

Segundo artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, a qual será averbada no registro civil através de mandado.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar demanda que versava sobre a possibilidade da ocorrência da “adoção à brasileira” por parte da avó materna da criança, cuja medida de busca, apreensão e acolhimento institucional recaía, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a **doutrina da proteção integral** (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 2. É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados (art. 100 da Lei nº 8.069/1990). 3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal. 4. Ordem concedida. (Habeas Corpus n. 440.752-PR, Terceira Turma do STJ. Relator Min. Ricardo Villas Boas Cueva. Julgado em 24/04/2018). (grifou-se).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, e da análise realizada durante os doze meses da pesquisa, identificou-se que a posição adotada por magistrados possui forte impacto na vida das pessoas, sendo-o muito mais considerável quando os sujeitos diretamente atingidos são crianças ou adolescentes, visto que encontram-se em situação peculiar, em plena formação, necessitando de proteção e salvaguarda integral e prioritária, tanto pelo estado, pela sociedade e família.

Importa também destacar à necessidade de que o Poder Judiciário se aproxime da realidade fática e demonstre um caráter concreto em suas decisões. Para tanto, deve-se observar obrigatoriamente a legislação constitucional e estatutária, e demais ramos do direito necessários a resolução do caso concreto, a partir da “Doutrina da Proteção Integral”, colocando-a como norte para garantia e efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.

A evolução é, felizmente, perceptível diante das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e identificadas na pesquisa, a qual foi realizada nos últimos doze meses. Entretanto, muito ainda há que ser feito e produzido, devendo todos permanecermos vigilantes à aplicação da legislação, principalmente quando se tratar do Direito da Criança e do Adolescente, dada sua importância jurídica e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial Nº 556.574 – PR, Primeira Turma. Relator Min. Sérgio Kukina. Julgado em 25 de ago. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401889728&dt_publicacao=08/09/2015>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Nº 338.851 – SP, Quinta Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 23 fev. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502601036&dt_publicacao=04/03/2016>. Acesso em: 28 jun. de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Nº 440.752 – PR, Terceira Turma. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 24 abr. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800583867&dt_publicacao=27/04/2018>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Nº 468.691 – SC, Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 12 fev. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802353802&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.449.560-RJ, Quarta Turma. Relator Min. Marco Buzzi. Julgado em 19 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400810413&dt_publicacao=14/10/2014>. Acesso em: 05 ago. 2019.

COSTA, A. C. G. Natureza e implantação do novo direito da criança e do

adolescente. *In*: PEREIRA, T. S. (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente Lei 8.069/90**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, T. S. **Direito da criança e do adolescente** – uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

POPPER, K. **Autobiografia intelectual**. São Paulo: Cultrix, Edusp, 1977.

_____. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1975.

VERONESE, J. R. P. (org.). **Direito da Criança e do Adolescente**: novo curso, novos temas. 2. ed..Rio de Janeiro, Lumen Juris Direito, 2019.

VERONESE, J. R. P.; SILVEIRA, M. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito, 2011.

VERONESE, J. R. P.; SILVEIRA, M.; CURY, M. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2018.