

PROCEDIMENTOS CIVIS

NO

ESTATUTO

DA

CRIANÇA

E DO

ADOLESCENTE

Renata Giovanoni Di Mauro

2ª EDIÇÃO

saraiva  jur

Di Mauro, Renata Giovanoni

Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente / Renata Giovanoni Di Mauro. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

1. Estatuto da Criança e do Adolescente 2. Flexibilização procedimental 3. Juiz - Poderes 4. Jurisdição contenciosa 5. Jurisdição voluntária 6. Procedimentos civis 7. Processo civil I. Título.

16-1499 CDU 347.157.1(81)(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Juízes : Poderes : Flexibilização dos procedimentos civis : Brasil : Estatuto da Criança e do Adolescente 347.157.1(81)(094)

Presidente Eduardo Mufarej **Vice-presidente** Claudio Lensing **Diretora editorial** Flávia Alves Bravin **Conselho editorial**

Presidente Carlos Ragazzo **Gerente de aquisição** Roberta Densa **Consultor acadêmico** Murilo Angeli **Gerente de concursos** Roberto Navarro **Gerente editorial** Thais de Camargo Rodrigues **Edição** Daniel Pavani Naveira **Produção editorial** Ana Cristina Garcia

(coord.) | Luciana Cordeiro Shirakawa

Clarissa Boraschi Maria (coord.) | Kelli Priscila Pinto | Marília Cordeiro | Mônica Landi | Tatiana dos Santos Romão | Tiago Dela Rosa

Diagramação (Livro Físico) Perfekta Soluções Editoriais **Revisão** Perfekta Soluções Editoriais **Comunicação e MKT** Elaine Cristina da Silva **Capa** Roney Camelo

Livro digital (E-pub)

Produção do e-pub Guilherme Henrique Martins Salvador **Serviços editoriais** Surane Vellenich

Data de fechamento da edição: 28-11-2016

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

RENATA GIOVANONI DI MAURO

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada e Professora de Direito Processual Civil. Autora de livros e artigos jurídicos.

Ao Gaetano Di Mauro Junior, meu marido, cuja tolerância resignada e paciência infinita permitiram a realização desta conquista.

A criança que fui chora na estrada.

Deixei-a ali quando vim ser quem sou;

Mas hoje, vendo que o que sou é nada,

Quero ir buscar quem fui onde ficou.

Ah, como hei de encontrá-lo? Quem errou

A vinda tem a regressão errada.

Já não sei de onde vim nem onde estou.

De o não saber, minha alma está parada.

Se ao menos atingir neste lugar

Um alto monte, de onde possa enfim

O que esqueci, olhando-o, relembrar,

Na ausência, ao menos, saberei de mim,

E, ao ver-me tal qual fui ao longe, achar

Em mim um pouco de quando era assim.

A criança que fui chora na estrada

(Fernando Pessoa, 1933)

Sumário

Agradecimentos

Prefácio

Apresentação da 2ª edição

Apresentação da 1ª edição

Introdução

1 A atuação da Constituição Federal com o diploma organizador do sistema protetivo da criança e do adolescente

1.1 Neoconstitucionalismo

1.2 As regras de interpretação e a constitucionalização do Direito

1.3 A proteção da criança e do adolescente segundo princípios informativos constitucionais

2 Estatuto da Criança e do Adolescente

2.1 Noções históricas

2.1.1 O Código de Menores de 1927

2.1.2 O Código de Menores de 1979

2.1.3 O papel da Constituição Federal de 1988 no processo histórico

2.1.4 A criação do Estatuto da Criança e do Adolescente

2.1.5 O advento do Estatuto da Juventude

2.2 Doutrina da proteção integral

3 Regras processuais e procedimentos civis da Lei n. 8.069/90

3.1 A efetividade do processo e a técnica processual

3.2 Competência para legislar sobre processo e procedimento

3.2.1 A distinção entre processo e procedimento

3.2.2 O processo e sua natureza sincrética

3.2.3 Classificação dos procedimentos

3.3 A Supremacia do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto às regras processuais e procedimentais civis

3.4 Acesso à Justiça

3.5 Fixação da competência

3.6 Colocação em família substituta

3.6.1 Guarda

3.6.2 Tutela

3.6.3 Adoção

3.7 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

3.8 Oitiva da criança e do adolescente

3.9 Intervenção do Ministério Público nos procedimentos civis do Estatuto da Criança e do Adolescente

3.10 Medidas de proteção à criança e ao adolescente previstas no Código de Processo Civil com aplicação subsidiária à Lei n. 8.069/90

3.11 Recursos no Estatuto da Criança e do Adolescente

4 Os poderes do juiz da infância no curso do processo

4.1 Atuação do juiz

4.2 Os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz segundo o Código de Processo Civil

4.3 Os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente

5 A flexibilização procedimental do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente

5.1 Atuação ex officio

5.1.1 Atuação ex officio nos procedimentos de jurisdição voluntária

5.1.2 Atuação ex officio nos procedimentos de jurisdição contenciosa

5.2 Regras para a flexibilização procedimental

5.2.1 A flexibilização procedimental e o princípio do devido processo legal

5.2.2 A flexibilização procedimental, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação

5.2.3 A flexibilização procedimental e a efetividade do processo

Considerações finais

Referências

Agradecimentos

Ao Professor Sérgio Seiji Shimura, exímio conhecedor do ordenamento jurídico brasileiro, pelo Prefácio e pela profundidade dos apontamentos que contribuíram para o desenvolvimento desta obra.

Ao Professor Carlos Roberto Gonçalves, doutrinador renomado, pela Apresentação que enobrece este trabalho.

Prefácio

Fui honrado com o convite para preficiar esta obra da lavra da Dra. Renata Giovanoni Di Mauro, intitulada *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*, fruto de sua tese de Doutorado em Direito, defendida em 25/11/2011, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, perante banca composta pelos eminentes Professores Eduardo Dias de Souza Ferreira, Oswaldo Peregrina Rodrigues, Tailson Pires Costa, Cristina Del Pilar Pinheiro Busquets e por mim, na qualidade de presidente e orientador.

De início é preciso registrar a minha admiração pela Dra. Renata, pelo seu esforço e dedicação ao ensino e pesquisa, características já reveladas quando cursou o mestrado perante a Universidade Metropolitana de Santos.

Quanto à obra, é importante destacar a interessante e lúcida abordagem do tema a partir dos princípios informativos que norteiam a proteção da criança e adolescente, como pessoa em desenvolvimento, com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sede de normativa infraconstitucional, passa a analisar o histórico da proteção da criança e adolescente até se chegar à denominada doutrina de proteção integral. Em abordagem precisa, alinha as peculiaridades dos procedimentos insertos no Estatuto da Criança e Adolescente e seus pontos diferenciais com aqueles regrados pelo Código de Processo Civil.

O ponto alto do trabalho diz com os poderes do juiz no âmbito da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), notadamente os que defluem do art. 153, por se diferenciarem dos tradicionais, previstos no sistema processual civil e penal. Nessa linha, a autora deita luzes sobre a atuação de ofício do juiz nos procedimentos civis, um dos mecanismos que visam dar efetividade ao princípio da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente.

Enfrenta com precisão esses alargamentos dos poderes instrutórios do juiz, com reflexos na flexibilização procedimental, em confronto com outros princípios igualmente constitucionais, tais como o do devido processo legal, da duração razoável do processo e da efetividade da jurisdição.

Como o leitor poderá perceber, a Dra. Renata Giovanoni, sobre ser Professora estimada e comprometida, vem revelar seu talento como singular pesquisadora e estudiosa do Direito.

Dessa forma, é preciso felicitar a Autora e a Editora Saraiva por mais este importante trabalho, que, tenho certeza, será de grande utilidade à comunidade jurídica.

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Livre-Docente pela PUCSP e Professor nos programas de graduação e pós-graduação.

Apresentação da 2ª edição

Nesta 2ª edição, o talento e os reconhecidos conhecimentos jurídicos da autora se manifestam de forma significativa, especialmente no tocante aos comentários ao novo Código de Processo Civil, abordando com precisão as modificações que foram engendradas pelo novo diploma e sua repercussão no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as introduzidas pela Lei n. 13.306/2016, responsável pela última alteração legislativa no mencionado Estatuto.

Renovo, pois, os meus parabéns à Saraiva e especialmente à autora, agora pela 2ª edição da relevante obra jurídica, na qual formula e concebe seus comentários sobre as inovações legislativas de forma precisa e correta, empreendendo uma abordagem teórica aliada à prática processual presente no cotidiano dos juízos.

Carlos Roberto Gonçalves

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Mestre em Direito Civil pela PUCSP e

Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

Apresentação da 1ª edição

Honra-nos a ilustre advogada e professora Dra. Renata Giovanoni Di Mauro com o convite para que apresentemos a sua obra intitulada *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*, concebida como tese de curso de doutorado e aprovada com distinção pela douta banca.

Trata-se de obra que abrange matérias de direito civil e de direito processual civil, relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Principia a ilustre autora abordando a questão da proteção da criança e do adolescente na Constituição Federal, dando ênfase ao princípio da dignidade humana e aos deveres impostos à família, à sociedade e ao Estado, visando à proteção dos referidos personagens, no art. 227 da Carta Magna, a qual constitui a fonte primária de todo o ordenamento jurídico, com os seus princípios e as suas normas.

Na sequência, a culta professora aborda a doutrina da proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a analisar as regras processuais e procedimentais, especialmente nos casos de guarda, tutela e adoção, bem como os recursos cabíveis.

Finalmente, chega a autora à parte principal do livro, concenente aos poderes do juiz da infância no curso do processo, abordando, com lucidez e espírito crítico, a flexibilização procedimental do art. 153 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A obra que ora vem a lume revela maturidade da autora, que não se eximiu de assumir posição pessoal diante de questão controvertida e de grande relevância, que interessa a todos que militam nas Varas da Infância e da Juventude. Percebeu ela que se equivocam aqueles que pensam que o direito civil e o processual civil não são capazes de progresso, senão por via de reformas legislativas. Em verdade, a doutrina, de geração a geração, progride e se aperfeiçoa, mediante regras interpretativas, para que a lei atenda à sua função social.

Encontram-se de parabéns a Dra. Renata Giovanoni Di Mauro e a Editora Saraiva pelo lançamento da obra, que tem todas as qualidades para figurar entre as mais úteis e proveitosas do nosso meio jurídico.

Carlos Roberto Gonçalves

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Mestre em Direito Civil pela PUCSP e

Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

Introdução

Esta obra tem por objetivo expor os procedimentos civis da Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, apresentando um estudo sobre os poderes do juiz da infância e a flexibilização procedimental que o art. 153 deste diploma legislativo exterioriza.

Após considerar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que amparam os menores, bem como a evolução histórica da proteção desses incapazes no Brasil, são apontadas as regras processuais e procedimentais civis da Lei n. 8.069/90, os poderes do juiz da infância no curso do processo e as possibilidades de flexibilização dos procedimentos acima expostos, com vistas à efetiva proteção integral de tais sujeitos ou direitos.

Nesta scara, utilizando-se dos métodos de interpretação, para que as conclusões não maculem a harmonia do ordenamento jurídico vigente, a íntegra do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente é estudada.

Tal dispositivo, norteador da possibilidade de flexibilização procedimental, pretende tornar a prestação jurisdicional efetiva, especialmente quanto às crianças e aos adolescentes.

Assim, a atuação *ex officio* é abordada tanto nos procedimentos de jurisdição voluntária quanto nos procedimentos de jurisdição contenciosa.

São definidas as hipóteses e as razões que permitem esta liberdade procedimental, bem como as hipóteses e as razões que negam tal atuação do magistrado.

As regras para a flexibilização procedimental são expostas e desenvolvidas, tendo por base o direito comparado, notadamente o direito português.

Nestes termos, a busca pela efetiva prestação jurisdicional e a proteção integral do menor, que a Lei Maior apregoa, fundamentam este livro.

1 A atuação da Constituição Federal como diploma organizador do sistema protetivo da criança e do adolescente

1.1 Neoconstitucionalismo

A Constituição Federal de 1988 exerce um papel significativo na interpretação das demais normas que norteiam o sistema e, neste sentido, cabem reflexões. Esse diploma legal trouxe um processo de redemocratização que direciona o ordenamento jurídico vigente. Vive-se em uma nova organização política e visualiza-se, ainda que como o gatinhar de um bebê, um Estado Democrático de Direito.

Todo o processo constituinte que culminou com a promulgação da vigente Constituição Federal agregou valores aos diversos ramos do direito e, notadamente, ao direito constitucional, como berço desta estrutura social.

Vive-se um período já longo de estabilidade política.

O direito constitucional, a partir da promulgação da última Lei Maior, é estudado como o norteador de um caminho para o progresso, para a dignidade dos indivíduos. Acredita-se na estruturação de um Estado acolhedor. Seu texto está muito além da exposição técnica, desenvolvendo a crença na melhora da prestação jurisdicional, com a efetividade de direitos e garantias individuais. O respaldo constitucional trouxe segurança, não desolação.

A nossa Carta Magna permite a ruptura com o excesso de formalismo, ao expressar os princípios de direito material e de direito processual que devem ser basilares na aplicação das normas abstratas aos casos concretos. Neste sentido, segue julgado que ratifica o argumento:

*Direito civil. Família. Negatória de paternidade c/c anulação de registro civil. Improcedência em primeiro grau. Inconformismo. Illegitimidade ativa ad causam. Preliminar afastada. Documento novo juntado em alegações finais. Possibilidade. Inexistência de filiação biológica. Exame DNA negativo alegação acolhida. Vínculo genético inexistente. Anulação do registro civil fundado em vício de consentimento. Afastamento. Reconhecimento voluntário. Ato irrevogável. Filiação socioafetiva que inclui a biológica. Recurso parcialmente provido. O pai registral possui legitimidade para contestar paternidade de filho nascido durante relacionamento com a genitora, embora concebido anteriormente a esse lapso temporal. A teor do art. 397 do CPC é lícito às partes juntar aos autos documentos novos, em qualquer tempo, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé. A inexistência de vínculo genético entre o requerente e o menor não exclui a paternidade socioafetiva, caso esta venha a ser demonstrada. O reconhecimento voluntário da filiação através de registro civil, sedimentado por atos de afetividade, caracteriza relação paterna-filial socioafetiva e ato irrevogável, mormente quando ausentes quaisquer vícios formais ou materiais maculando a higidez do ato. **No conflito entre a paternidade socioafetiva e biológica, prevalece aquela, fulcrado no princípio constitucional da dignidade humana** 1- 2. (Grifo nosso.)*

Ainda nesta seara:

Ação declaratória. Adoção informal. Pretensão ao reconhecimento. Paternidade afetiva. Posse do estado de filho. Princípio da aparência. Estado de filho afetivo. Investigação de paternidade socioafetiva. Princípios da solidariedade humana e dignidade da pessoa humana.

Ativismo judicial. Juiz de família. Declaração da paternidade. Registro. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “**posse do estado de filho**”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser accito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao **princípio da aparência**, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. **Apelação provida, por maioria** 3. (Grifos do texto original.)

Reter o aprendizado deste texto organizador do Estado elucida os mais nobres direitos que a sociedade necessita para o desenvolvimento dos seus indivíduos.

Com a Constituição Federal de 1988, direito e filosofia se reencontraram após trilharem um caminho que parecia, cada vez mais, se distanciar da realidade, uma vez que o homem passou a ser visto como sujeito, e não objeto de direitos.

Na medida em que os indivíduos passaram a depositar suas esperanças no então novo texto constitucional, nossa Lei Maior passou a ter sua carga potestativa mais potencializada, pois deixou de ser observada como um mero diploma impositivo, decorrente do poder constituinte, passando a ser apoiado, acreditado em massa pela população. Essa potencialização da imperatividade limitou de forma eficaz o desrespeito aos seus preceitos garantidores de um Estado Democrático de Direito.

1.2 As regras de interpretação e a constitucionalização do Direito

A interpretação das normas do sistema jurídico de um país é assunto de relevância. Sabe-se que a harmonia legislativa permite coesão que, por sua vez, alcança favoravelmente os indivíduos e organiza o Estado de forma saudável.

Nesta esfera de sustentação, a hermenêutica, preocupada com o real sentido das palavras empregadas nas normas e com o próprio significado que o conjunto normativo pode trazer, estuda os métodos de interpretação.

Assim, em que pesem as diversas posturas dos doutrinadores quanto aos métodos de interpretação, será considerada aqui a classificação de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria geral do processo* 4, adotando-se: o método gramatical, que se preocupa com as palavras empregadas no texto, tanto no seu estudo individual quanto no estudo do contexto normativo; o método lógico-sistemático, que se preocupa em interpretar a norma segundo o sistema em que está inserida, para que conflitos sejam evitados; o método histórico, que se atém às razões históricas e culturais que deram origem ao seu texto; o método comparativo, que interpreta a norma nacional aproveitando a redação que outro Estado elaborou por meio de lei, princípio ou garantia para tutelar o mesmo direito.

Desses métodos de interpretação, segundo os doutrinadores supramencionados, podem nascer: a interpretação declarativa, ou seja, o entendimento de que a lei conseguiu expressar o exato sentido e alcance pretendido; a interpretação extensiva, segundo a qual a norma expressa menos que gostaria, sendo relevante estender o significado e alcance das palavras; a interpretação restritiva, em que é necessário limitar o alcance das palavras empregadas pela lei, para que o seu real sentido seja encontrado; ou a interpretação *ab-rogante*, ou seja, aquela que conclui pela inaplicabilidade da lei interpretada, uma vez que há incompatibilidade extrema com outra norma do sistema ou mesmo um princípio geral de direito.

Toda esta dedicação quanto à interpretação das leis ocorre porque o sistema normativo de um país deve ser harmônico e, para isso, os conflitos normativos devem ser apenas aparentes, de modo que a segurança jurídica não seja prejudicada.

A Constituição Federal de 1988 recebeu os diplomas legais com ela não conflitantes. Assim, essas normas necessitaram de uma releitura, para que o choque com as informações imperativas não viesse a ferir a segurança que os particulares depositavam na estrutura estatal.

Nasce, portanto, a relevância da compreensão dos métodos para a solução de eventuais conflitos normativos (o hierárquico, o temporal e o especial). Segundo Maria Helena Diniz ⁵:

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular.

Há antinomia real diante da existência de incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão. Ao deparar-se com uma antinomia, será necessário corrigir o direito com o fito de se manter a coerência do sistema jurídico.

As antinomias podem ser classificadas segundo o critério de solução, o conteúdo, o âmbito, bem como a extensão da contradição ⁶.

Quanto ao critério de solução, haverá antinomia aparente se as normas integrantes do ordenamento jurídico forem utilizadas como critérios para a solução; haverá antinomia real sempre que não encontrarmos na ordem jurídica o critério para solucioná-la, tomando-se adequada a criação de uma nova norma para este fim.

Quanto ao conteúdo, haverá antinomia própria se uma conduta, ao mesmo tempo, parecer proibida e permitida; haverá antinomia imprópria se esta decorrer do conteúdo material das normas.

Quanto ao âmbito, antinomia de direito interno é aquela observada entre normas de um ramo do direito ou entre normas de diferentes ramos jurídicos; a antinomia de direito internacional, por seu turno,

[...] surge entre convenções ou costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciais, opiniões dos publicistas qualificados, normas de organizações internacionais e atos jurídicos unilaterais ⁷.

A antinomia de direito interno-internacional é aquela observada entre norma de direito interno e norma de direito internacional.

Quanto à extensão, a antinomia será total-total se uma norma não puder ser aplicada sem colidir com a outra; a antinomia será total-parcial se uma das normas não puder ser aplicada sem colidir com a outra, que, por sua vez, apresenta um campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte; a antinomia será parcial-parcial se duas normas apresentarem um campo de incidência que em parte conflita com outra e em parte não.

Só haverá conflito normativo se as duas normas forem válidas. Para tanto, a ordem jurídica estabelece critérios para a solução dessas antinomias.

No âmbito do direito interno, encontramos o critério hierárquico, que explica prevalecer a lei superior sobre a inferior; o critério cronológico, estabelecendo que a lei posterior derroga a anterior; e o critério de especialidade, expondo que a lei especial tem prevalência sobre a geral.

No âmbito do direito internacional, encontramos os critérios *prior in tempore potior in jus*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali* e *lex superior derogat inferiori*.

No âmbito do direito interno-internacional, observamos que se o conflito for apreciado por juízo internacional haverá superioridade da norma internacional sobre a interna e, se o conflito for apreciado no juízo interno, poderá ser admitida a superioridade ora da lei interna, ora do tratado.

Embora existam critérios para solucionar as antinomias, encontramos lacunas nas regras de resolução, configurando-se uma antinomia real, que apenas poderá ser suprida com a edição de normas derogatórias que escolham uma das normas antinômicas ou que entendam pela interpretação equitativa ou corretiva.

Cumpra, neste momento, destacar a explicação de Luís Roberto Barroso 8:

[...] as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Não basta ao intérprete revelar o que a norma contém, deve proceder a uma análise sob o foco dos princípios. Somente assim dará uma resposta ao questionamento da correta aplicação da regra.

Nestes termos, o mesmo autor destaca 9:

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo [...]. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

Não podemos evitar os choques de normas constitucionais (princípios ou direitos fundamentais). É necessário aprender a conviver com tais conflitos e entender que o intérprete passa a ter uma importância neste contexto social ainda

mais relevante. Assim, por exemplo, precisamos harmonizar a proteção ao meio ambiente com o desenvolvimento, bem como a proteção do consumidor com a livre iniciativa 10.

O fato é que os critérios já especificados como tradicionais para a solução de conflitos (gramatical, lógico-sistemático, histórico, comparativo) não alcançam uma resposta satisfatória ao confronto existente dentro da Constituição Federal. Neste sentido, o intérprete deverá buscar o maior anseio constitucional.

Cada norma em disputa deve ser respeitada, mas o intérprete deverá verificar qual evidencia mais o pensamento constitucional. O intérprete age entre a criação da norma abstrata e a efetiva aplicação ao caso concreto. É papel do intérprete levar em conta as consequências práticas que serão observadas na sociedade após a interpretação.

Visualiza-se, assim, uma construção moderna de práticas para a interpretação constitucional. Há, nestes termos, a construção do processo de constitucionalização do Direito, que abarca as diferentes áreas jurídicas e pretende privilegiar a Constituição Federal, notadamente para proteger um Estado Democrático de Direito que busca colocar os interesses dos particulares em evidência.

A constitucionalização do Direito toma forma e permeia todo o sistema jurídico.

Ante o aduzido, destaca-se, novamente, o ensinamento de Luís Roberto Barroso 11:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de, igualmente, (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador originário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental ou por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia de vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Todos os ramos do direito estão submetidos a esse fenômeno da constitucionalização.

A Constituição Federal de 1988 contribuiu para um longo período de estabilidade política e apresenta uma redação que influencia os diversos ramos do Direito, atingindo o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

A Constituição trouxe um novo modo de enxergar os demais diplomas legais, sendo mister este foco para o adequado entendimento dos interesses das crianças e dos adolescentes que o Estatuto da Criança e do Adolescente procura proteger. Sem dúvida, há base constitucional.

Neste sentido, toda interpretação jurídica que se procura desenvolver nesta obra é, também, uma interpretação constitucional.

Sob tal prisma, segue a exposição de Luís Roberto Barroso 12:

Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º,

LVI);

b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

- (i) Antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;
- (ii) Ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

A interpretação de uma norma deve ressaltar os valores da Lei Maior, podendo, inclusive, entender pela aplicação parcial desta, ou mesmo pela não aplicação da lei interpretada.

É necessário buscar o equilíbrio entre a imperatividade das normas e os valores que a sociedade pretende, por suas normas constitucionais, proteger.

1.3 A proteção da criança e do adolescente segundo os princípios informativos constitucionais

A Constituição Federal coloca o princípio da dignidade humana como norteador do ordenamento jurídico. Esta prática exige do Estado uma atenção especial ao ser humano e, com isso, às suas fases vitais, ou seja, ao seu desenvolvimento (o que fundamenta a proteção infraconstitucional dada às crianças e aos adolescentes), o seu estado adulto e a própria maturidade (a proteção do idoso).

Com tal perspectiva, por amor ao argumento, diversos dispositivos enfatizam a diferencial proteção que o Estado deve reservar às crianças, aos adolescentes e aos idosos. Optou o referido diploma por expressamente ressaltar o sistema protetivo que se propõe.

Esta obra trata da pessoa humana em formação e em desenvolvimento, ou seja, da proteção da criança e do adolescente, que dá causa à constituição de um Estado forte e protetor do seu povo e principiológico.

Nesse diapasão, é importante destacar que a Constituição Federal reserva o Título VIII à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Assim, diversas normas constitucionais evidenciam o zelo do Estado para com esses sujeitos de direitos.

Como ato preambular, é relevante lembrar que o tema sob análise atine ao campo dos direitos fundamentais, momento os de segunda dimensão, conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, ou seja, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, dentre outros, do homem, os quais impõem condutas positivas, principalmente ao Estado.

Logo, o art. 227 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais inerentes à condição humana e a uma existência digna, além de colocá-los a salvo de toda sorte de lesões aos seus direitos.

Sem dúvida, todas as regras e princípios que podem ser absorvidos do art. 227 e dos seguintes dão ideia não só de direitos, como também de garantias, e é justamente neste campo, o das garantias, que se faz necessário analisar mais detidamente os instrumentos de prestação dos direitos, iluminados pelo princípio da dignidade humana. É, pois, aqui que se toma imperiosa a conexão dessa especial proteção à pessoa humana com o exercício do direito de ação e com o princípio do devido processo legal, uma vez que, não raro, a violação aos direitos faz nascer o processo judicial.

É importante pensar o processo judicial, de fato, como o instrumento para a salvaguarda de direitos, diante de lesão ou ameaça, projetando que o princípio da dignidade humana autoriza uma reflexão, pois implementa um devido processo legal efetivo e assecuratório.

Ao juiz será dada a possibilidade de conduzir o processo judicial de maneira singular, ou seja, segundo o caso concreto, desde que voltado à consagração do princípio da dignidade humana, sempre que o referido preceito seja aviltado (ou esteja na iminência de sê-lo) por lesão ou ameaça a direito.

Ao Estado-juiz resta o compromisso com a dignidade, por receber o poder-dever de dar resposta às provocações dos

jurisdicionados de maneira efetiva, ou seja, cabal.

O processo judicial e os procedimentos são meios. A pessoa humana, neste trabalho, notadamente, a criança e o adolescente, apresenta-se como o fim. Logo, vislumbra-se a possibilidade da instrumentalização com respeito à própria dignidade, prestigiando o princípio do devido processo legal.

Neste sentido, cumpre distinguir os princípios das regras, para corretamente compreender a abordagem constitucional sobre o tema. Para tanto, será utilizada a plausível orientação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama ¹³:

A distinção entre princípios e regras toma como base o conteúdo semântico de tais normas e, conseqüentemente, seu modo de incidência e aplicação. Enquanto a regra aponta suporte fático hipotético mais determinado e fechado, o princípio indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto. A regra é aplicada pela técnica da subsunção, ou seja, com a concretização na realidade dos fatos da hipótese de incidência (ou suporte fático hipotético), o aplicador reconhece a incidência da regra. O princípio, por sua vez, depende da mediação concretizadora do intérprete, orientado pela observância da equidade, ou a “justiça do caso concreto”. Em termos comparativos, os princípios apresentam maior grau de generalidade, consagrando valores do ordenamento, consagrando a noção de validade universal.

Os princípios não oferecem uma única solução em termos de incidência e de aplicação, contrariando a ideia do “tudo ou nada”, esta ínsita à noção das regras. A força jurídica dos princípios radica nesta “aparente fragilidade”, eis que, sem qualquer alteração de norma principiológica, é possível a constante adaptação do direito à evolução dos valores na sociedade civil. As regras não admitem ponderação; diante da técnica da subsunção, ou elas se aplicam ou não se aplicam (“tudo ou nada”). Ao invés, os princípios admitem a técnica da ponderação [...].

O jurista, para alcançar o real sentido e significado das palavras da lei, segundo o contexto atual, comumente considera os princípios constitucionais, bem como o método de interpretação denominado histórico.

Diante da relevância dos princípios, neste momento serão abordados os princípios constitucionais para, posteriormente, serem alcançados os princípios infraconstitucionais que também norteiam o tema objeto de estudo.

Os princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, de modo que a leitura desses princípios influencia no modo como as demais regras do sistema devem ser estudadas. Do contexto resulta que serão observados princípios expressos e princípios implícitos.

Por amor ao argumento, iniciemos o estudo ¹⁴ abordando o **princípio da dignidade da pessoa humana**, que encontra amparo no art. 1º, III, e no art. 226, § 7º, ambos da Constituição Federal ¹⁵.

Este princípio é responsável pela vedação à prática de atos desumanos, focando no Estado a incumbência de proporcionar condições básicas de sobrevivência aos que vivem em nossa sociedade.

Nesta seara, a vida, a honra, a moral, a liberdade e outros direitos do homem são amparados neste princípio maior.

A Lei Maior não condiciona a abordagem do princípio segundo a raça, a cor, o sexo ou a idade dos indivíduos que a invocam, de modo que até mesmo a igualdade é invocada pela dignidade da pessoa humana.

O **princípio da tutela especial** à família decorre da leitura do *caput* do art. 226 da Constituição Federal. Foca-se a

família, no sentido mais amplo, não se restringindo à figura milenar do casamento, de modo que o Estado tem o dever de proteger a entidade familiar e os seus integrantes nos diferentes formatos que possam apresentar.

O legislador constituinte observa a família como fomentadora do equilíbrio e sede das motivações que todos os cidadãos passarão a desempenhar.

O **princípio do pluralismo familiar democrático** é focado pela Carta Magna, prestigiando a “liberdade de escolha do modo e da espécie de família” 16, garantindo respeito e o tratamento igualitário aos seus integrantes 17.

Ainda neste prisma, há o entendimento da inexistência de distinção entre o homem e a mulher, como resultante da abolição da figura brasileira de famílias patriarcais.

No mesmo sentido, a proibição da distinção e discriminação entre os filhos afasta a possibilidade de tratamento desigual, sob o ponto de vista de direitos e deveres, entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados.

O princípio não pretende que se ignorem as diferenças observadas entre os membros da família, posto que estas, não raro, demandam ação estatal, diante das necessidades especiais. De fato, os olhos do Estado e, inclusive, dos demais membros da família precisam estar direcionados aos integrantes, levando-se em conta a estrutura física, intelectual e econômica que fomenta práticas distintas, para que se alcance a verdadeira igualdade, a igualdade real e proporcional 18.

No vínculo familiar, com fulcro no art. 3º, I, da Carta Magna, ainda se destacam o respeito ao **princípio da liberdade**, ao **princípio da justiça** e ao **princípio da solidariedade** 19- 20.

Do art. 3º, IV, da Constituição Federal, quanto aos que compõem a entidade familiar, decorre o **princípio da beneficência** 21, ou seja, “fazer o bem” não decorre da vontade, mas de imposição legal.

Como explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama 22:

O princípio da beneficência impõe o respeito e o auxílio ao outro (“ao próximo”) como pessoa humana para o desenvolvimento de suas potencialidades, com base no sentimento de solidariedade que normalmente deve existir entre as pessoas. O mencionado princípio é considerado o mais tradicional no âmbito da bioética, o qual é igualmente orientado pelos princípios da autonomia e da justiça, que vieram a servir de limites ao princípio em comento.

Sob a égide do art. 226, § 7º, da Constituição Federal, nasce o **princípio da paternidade responsável** 23.

O legislador constituinte se expressou mal ao empregar a expressão “paternidade responsável”. Entendemos que mais adequado seria usar a expressão “natalidade responsável”.

Em verdade, não apenas o homem, mas também a mulher deve agir com responsabilidade no exercício dos seus direitos à procriação. A interpretação extensiva deve ser utilizada para que o verdadeiro sentido e significado das palavras do constituinte sejam alcançados. O Estado entendeu por bem não participar das decisões quanto à quantidade de filhos, mas destacou a responsabilidade que os pais devem ter ao tomar tal decisão, devendo agir em harmonia com a postura assumida, diante das consequências que decorrerão.

É digno de nota que esse planejamento familiar não é colocado de forma absoluta nas mãos dos pais, pois terão a

incumbência de respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana quanto aos filhos a que darão causa.

Neste ponto, o raciocínio evolui para o estudo do **princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, que assume especial importância, diante do foco que esta obra pretende apresentar. Sua fundamentação legal encontra-se no art. 227 e parágrafos da Constituição Federal.

Esse princípio deve nortear as relações que as crianças e os adolescentes mantêm com o Estado, com os integrantes da sociedade e com seus pais.

Diante dessa base legal, as crianças e os adolescentes são colocados como sujeitos de direitos, e não como objetos de direitos, decorrência, aliás, da doutrina da proteção integral e dos direitos humanos 24, sendo certo que, no convívio familiar, apresentam prioridades diante de suas necessidades especiais.

Como consequência, de forma implícita, no ordenamento jurídico brasileiro, encontramos o **princípio da afetividade**.

Sobre o assunto, explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama 25:

Tal princípio, também considerado como o da prevalência do elemento anímico da *affection* nas relações familiares, pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226, §§ 3º e 6º, 227, *caput* e § 1º, ambos da Constituição Federal. A doutrina considera que o princípio da afetividade é aquele que insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, com primazia do elemento anímico sobre aspectos de ordem patrimonial ou biológica. Como visto, a família resgatou a função que, nos idos do direito romano, se conhecia na família matrimonial, a saber, a de grupo unido pelo desejo e por laços de afeto, em comunhão plena de vida.

Agregue-se ao exposto o **princípio do pluralismo das entidades familiares**, que admite como família não apenas aquelas que decorrem do casamento, consagrando, como resultado, a igualitária proteção dessas entidades, conforme a redação de parágrafos do art. 226 da Constituição Federal 26.

O art. 227, *caput*, da Constituição Federal consagra o **princípio da convivência familiar** 27.

Como se observa, o legislador constituinte prioriza o vínculo entre os integrantes da família; assim, indiretamente, o texto legal apresenta a base para que o cidadão possa exigir do Estado facilidades quanto à obtenção de um espaço físico destinado à moradia, pois essa referência representará à criança e ao adolescente o ambiente seguro e acolhedor, que contribuirá para o seu crescimento não só físico, mas também moral e intelectual.

O **princípio da isonomia entre os filhos** também se mostra relevante para o estudo e encontra previsão legal no § 6º do art. 227 do mesmo Texto 28.

Com o advento deste texto normativo os hermeneutas desenvolveram o trabalho da releitura das normas infraconstitucionais, para que possíveis incompatibilidades legais viessem a ser sanadas.

Foi a Constituição Federal de 1988 que, com a redação supramencionada, passou a vedar qualquer prática discriminatória para os filhos, destacando a igualdade de direitos entre estes.

Apresentando harmonia com o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 20: “Os

filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” 29 .

Consagrou-se a verdadeira igualdade entre os filhos, pois a norma infraconstitucional passou a conter redação não conflitante com a Carta Magna.

Da argumentação exposta resulta a conclusão de que a atual Constituição Federal, preocupada com o ser humano, consagra uma série de princípios basilares do Estado, capazes de proteger o indivíduo, notadamente os mais frágeis, destacando-se assim as crianças e os adolescentes.

É nesta seara que as normas infraconstitucionais devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas.

2 Estatuto da Criança e do Adolescente

2.1 Noções históricas

2.1.1 O Código de Menores de 1927

Tal diploma, também conhecido como Código Mello Matos, “nome do seu autor, que foi o primeiro Juiz de Menores do Rio de Janeiro, do Brasil e da América Latina, nomeado em 1924” ³⁰, esteve sob elaboração num período de especial atenção à delinquência infantil, ao abandono dos menores proporcionado pelas famílias e à necessidade de ampliar o acesso das crianças e adolescentes à escola ³¹.

Cabe salientar que também a exploração infantil nas indústrias despertou a reflexão dos que impulsionaram tal diploma legal.

Neste Código, o menor sob foco é o abandonado ou o delinquente, que, segundo o entendimento da época, dependia da vigilância do magistrado.

O Estado era omissivo quanto às práticas com potencial de mitigar o número de jovens enquadrados nas tipologias observadas nesta legislação. Assim, o caráter preventivo não era efetivado, apenas o repressivo. Não existia, portanto, preocupação efetiva com a pessoa do menor e, nesta esfera, com o seu futuro.

O fato é que o sistema mostrou-se falho, pois notícias da época focavam criminosos, frutos das internações que esse código determinava. Também denúncias de maus-tratos predominavam, culminando no descrédito da pretensão legal.

Nessa ordem, tal Código de Menores, que se mostrou falho quanto aos anseios da época, quanto às necessidades da sociedade, foi revogado.

2.1.2 O Código de Menores de 1979

Do Código Mello Matos até o Código de Menores de 1979 passaram-se cinquenta e dois anos.

A semente do Código de Menores de 1979 foi o Projeto de Lei n. 105/74.

Tendo por base a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1959, o projeto supramencionado teve a pretensão de admitir a existência de direitos às crianças, como a saúde e a educação.

A proteção e a assistência social ao menor passavam a ser vistas como de responsabilidade do Estado e da família.

Era destacada a importância da proteção estatal à família, retirando-se o menor desse meio apenas em casos

especiais. Neste sentido, pretendia-se que as famílias carentes passassem a ter um apoio legal para requerer do Estado ajuda, com o fito de alcançar a manutenção dos filhos.

Em que pese louvável a iniciativa, o referido projeto, já no Congresso Nacional, foi substituído por outro, de autoria dos juizes de menores, apresentado por Claudio Sales.

Sobre os acontecimentos, explica Alyrio Cavallieri ³²:

[...] o Senador Nelson Carneiro tirou de uma gaveta do Senado Federal um projeto elaborado por um grupo de Juizes de Menores em 1957. Apresenta-o ao Senado, toma ele o número 105, é publicado e enviado a todas as Universidades, Tribunais, entidades ligadas ao Direito. Recebeu tantas sugestões que o Senador Nelson Carneiro disse que elas davam para “encher um caminhão”. Entendeu o Senador ser melhor politica partir de um projeto novo e encomenda-o a um seletto grupo de juristas paulistas, do qual fazia parte um carioca, então assessor do Ministério da Justiça. O grupo era integrado por Arnaldo Malheiros, Filho, Djalma Negreiros Pentado, Haroldo Ferreira, José Carlos Dias, José Roberto de Carvalho, Manoel Pereira do Valc, Jessé Torres Júnior, este, o carioca. O trabalho elaborado foi oficialmente intitulado Substitutivo ao Projeto 105. Entre os especialistas, era o Substitutivo Paulista. Em seu sexto congresso realizado em Manaus em 1974, a Associação Brasileira de Juizes de Menores (fundada em 1968 pelo então Juiz de Brasília, Jorge Duarte de Azevedo), decide apresentar emendas ao Substitutivo Paulista, entregando suas sugestões ao Presidente da FUNABEM, Fawler de Melo. O substitutivo emendado é entregue ao Governo, vai ao Congresso Nacional e transforma-se, em 1979, em lei, o segundo Código de Menores do país.

Esse modelo legal substituto afastou da previsão os direitos dos menores e apresentou uma linha de construção pautada na figura do menor em situação irregular, dependendo de medidas judiciais.

A referida estrutura normativa, que não se vinculava à Declaração dos Direitos da Criança de 1959, sob a justificativa de não ter cunho normativo, por tratar-se de mera declaração, deu origem ao Código de Menores.

Com a entrada em vigor desse texto legal, o Estado justifica sua omissão quanto aos recursos destinados aos menores.

A omissão quanto à utilização de recursos em prol dos menores limitou a atuação estatal à esfera exclusivamente repressiva, gerando conseqüências negativas para a sociedade brasileira, na medida em que o futuro adulto, portanto, o espelho da sociedade, tinha seus olhos desviados, excetuando-se a hipótese de patologia social, nos termos do art. 2º ³³. Esse diploma legal não colocava o Estado como sujeito de deveres na formação do menor, não impulsionava políticas públicas voltadas à atitude preventiva do Estado, assim, a saúde, a educação e o lazer não eram vistos como direitos dos menores, cujo proponente adequadamente deveria ser o Estado.

2.1.3 O papel da Constituição Federal de 1988 no processo histórico

Foi a Constituição Federal de 1988 que, inovando em relação às demais constituições, que já vigoraram no território nacional, abordou princípios voltados à proteção da criança e do adolescente.

A Lei Maior, ora vigente, desenvolveu um texto que apresentou harmonia com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, da qual o Brasil foi signatário ³⁴.

Neste sentido, passou-se a enxergar legislações conflitantes, ou seja, de um lado, a Constituição Federal que se

baseava na doutrina da proteção integral, e, do outro, o Código de Menores que se baseava na doutrina da situação irregular.

A realidade de descompassos, na órbita legal vigente, fez sentir a necessidade da elaboração de um novo texto normativo sobre a criança e o adolescente que tivesse por base a doutrina da proteção integral. Nessa seara, de absoluta pertinência, veio a ser a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1.4 A criação do Estatuto da Criança e do Adolescente

Na esfera do Legislativo ora mencionado, foi sancionada a Lei n. 8.069, em 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigor no mês de outubro do mesmo ano.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor é visto como sujeito de direitos que se encontra em situação característica de desenvolvimento.

Esse diploma nasceu com a pretensão de efetivar os direitos que, pela primeira vez, foram reconhecidos expressamente na Constituição Federal.

Com o objetivo de atingir todas as crianças e adolescentes, mediante atos comissivos do Estado, vem a ser estabelecida uma condição de igualdade frente aos maiores, conforme art. 3º, *caput* e parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente 35.

Esse artigo conduz à materialização de políticas públicas voltadas a tais sujeitos de direitos, posto que os direitos fundamentais também a estes vêm a ser assegurados.

Explica Alyrio Cavallieri 36:

Desde os primeiros movimentos da Constituinte, formaram-se dois grupos: os Menoristas, favoráveis à conservação do Código de Menores de 1979, adaptando-o à nova Constituição; e os Estatutistas, que já haviam atuado poderosamente no lóbi da Constituição, pela revogação do Código e a redação de uma nova lei; estes ganharam a incruenta batalha ideológica. O Estatuto tornou-se lei e foi saudado com muito entusiasmo. Um dos seus autores, Antônio Carlos Gomes da Costa, que foi Presidente da ex-Funabem, afirmou que ele representava “uma revolução copernicana” e que marcaria o ano de 1989, como o marcavam os 200 anos da Revolução Francesa e do desfecho da Inconfidência Mineira; 100 anos da Proclamação da República; os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança; o décimo aniversário do Ano Internacional da Criança; o 1º aniversário da Constituição de 1988, o ano da votação do projeto de Convenção dos Direitos da Criança pela ONU. Deodato Rivera escreveu que o Estatuto estava “para o Século XXI como a Lei Áurea estivera para o século atual”.

Necessita-se de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos que o art. 3º notadamente prioriza.

Estamos distantes de uma proteção integral à criança e ao adolescente, especialmente aos carentes; no entanto, dentre os meios para a concretização da realidade tão esperada, os poderes do juiz, voltados à flexibilização do procedimento, que adiante será abordado, mostra-se um caminho relativamente curto para a consumação da proteção que, no presente, raramente, desprende-se do texto da lei.

2.1.5 O advento do Estatuto da Juventude

A Lei n. 12.852/2013 instituiu o Estatuto da Juventude, dispôs sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude, bem como o Sistema Nacional de Juventude – Sinajude.

São consideradas jovens, para efeitos desta lei, as pessoas com idade entre 15 e 29 anos de idade ³⁷.

Aos adolescentes com idade entre 15 e 18 anos aplicam-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente, conforme o § 2º, do art. 1º da Lei n. 12.852/2013.

Com o objetivo de assistir aos jovens em necessidades específicas, a lei sob comento aprofunda direitos já previstos em lei, como saúde, educação, trabalho, cultura etc.; assegura novos direitos, como sustentabilidade, livre orientação sexual, participação social etc.; e fortalece políticas públicas para a juventude; neste sentido, garante a criação de espaços para que a juventude seja ouvida, impulsionando a participação nos processos decisórios.

2.2 Doutrina da proteção integral

É a doutrina da proteção integral que fundamenta toda a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, sendo que o seu art. 1º, sob o Título I – Das disposições preliminares, reza: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

A expressão “criança e adolescente”, utilizada no diploma legal, vem como resposta à necessidade social de afastar a nebulosa imagem do termo “menores”, utilizado no Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979), pois conduzia o leitor ao “menor infrator”. Nestes termos, o legislador logrou êxito, pois a correlação foi afastada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata da proteção integral, na medida em que disciplina todos os aspectos da vida das crianças e adolescentes, estejam ou não em situação irregular, distanciando-se, portanto, do Código de Menores.

Segundo o art. 2º, “considera-se criança, para efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, sendo que o art. 3º desse diploma expressa a proteção integral, embora, no presente, ainda não gozemos, na integralidade, dessa premissa legal ³⁸.

Tal doutrina almeja proteger os direitos fundamentais para que o pleno desenvolvimento seja alcançado. Culmina-se na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A base legal da Doutrina da Proteção Integral encontra-se no art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Diante da leitura, cumpre entender o significado da “liberdade”, do “respeito” e da “dignidade” que a lei teve especial empenho em destacar.

A liberdade indica a faculdade que os indivíduos têm de agir segundo seus anseios, não obstante, com restrições, pelo fato de estarmos em um Estado Democrático de Direito, conforme o texto da Lei Maior 39.

O respeito que o legislador exige atinge o ser humano em formação 40.

A dignidade indica o dever que não só a família e o Estado têm, mas a própria sociedade, no sentido de não se omitir diante da efetiva ou potencial violação aos direitos. Neste sentido, complementa a intenção da lei o art. 18 do mesmo Estatuto: “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”.

3 Regras processuais e procedimentos civis da Lei n. 8.069/90

3.1 A efetividade do processo e a técnica processual

No sistema processual civil vigente, é aplicado o princípio da persuasão racional do juiz, também conhecido como princípio do livre convencimento motivado, estabelecendo que o juiz tem liberdade para formar seu convencimento, desde que julgue segundo os fatos e provas constantes dos autos, respeite as regras legais e fundamente as decisões judiciais; sendo que, segundo o formalismo procedimental, o magistrado não pode se afastar dos meios indicados pela lei para o alcance da decisão.

Essa rigidez que o formalismo procedimental causa justifica-se, com base no Código de Processo Civil de 1973, no argumento de ser o procedimento, em regra, matéria de ordem pública que, a rigor, não estava sujeito à escolha do postulante, ou mesmo ao arbítrio do juiz da causa; ocorre que, sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o fundamento sofreu alterações, mitigando a rigidez antes latente no texto legal, na medida em que o procedimento indicado pela lei para o alcance da decisão passa a permitir flexibilizações. Neste sentido, destaca-se o seu art. 190, *caput* e parágrafo único, que reza:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito as partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Ainda nesta seara, expressa o art. 191 e parágrafos, do mesmo diploma legal:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Observa-se que a negociação processual é admitida no atual Código de Processo Civil, mas de forma restrita, “por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição)”. Trata-se do “poder de autorregramento da vontade no processo”, que é limitado, conforme do texto legal se depreende ⁴¹.

No que tange à atuação do juiz de direito, o vigente diploma processual civil, buscando a efetividade do processo e a flexibilização do procedimento, expressa:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[...]

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

[...]

Nestes termos, procurando harmonizar o atual formalismo procedimental (que permite flexibilizações, observadas as restrições que o Código de Processo Civil impõe), com o princípio da persuasão racional do juiz, verifica-se que há liberdade para a formação do convencimento, atingindo os meios utilizados para o seu alcance, respeitando-se os limites impostos pelo referido diploma legal.

A tutela jurisdicional não pode ser negada e, não raro, a flexibilização do procedimento vem a ser adequada para se alcançar a satisfação da pretensão. Sob tal vertente, o formalismo puro (rigidez procedimental) é observado, em muitas situações, como um limitador da efetiva prestação jurisdicional personalizada, ou seja, inclinada para satisfazer a pretensão que chega ao Judiciário.

Com o fito de tornar o exercício da prestação jurisdicional efetivo, próximo das reais necessidades daquele que bate às portas do judiciário, a flexibilização do procedimento deve ser vista como a solução, e assim atua o Código de Processo Civil.

Neste contexto, faz-se necessário firmar um posicionamento quanto aos limites dessa flexibilização.

A minimização do rigor no formalismo processual, que esta obra estuda, baseia-se no alcançar da efetividade e na tutela dos direitos, especialmente para a criança e para o adolescente que, por estarem em desenvolvimento, demandam um processo célere, com ênfase no resultado, não na forma.

3.2 Competência para legislar sobre processo e procedimento

Segundo o art. 22, I, da Constituição Federal, a União apresenta competência privativa para legislar sobre processo. O art. 24, XI, do mesmo Diploma determina que a União, os Estados Federados e o Distrito Federal têm competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual. Evidentemente que, com a grandeza de nosso território, a abertura do último dispositivo mencionado pretende tornar a sequência de atos processuais próxima à realidade regional.

Nasce, nesse ínterim, a dificuldade de distinguir normas de cunho processual das de cunho procedimental.

3.2.1 A distinção entre processo e procedimento

A distinção se faz necessária para a melhor compreensão da complexidade desta matéria constitucional.

Conforme ensinamento de Fernando da Fonseca Gajardoni 42:

[...] enquanto o processo é um instrumento de atuação da Jurisdição, para o exercício do direito de ação e de defesa, composto, como regra, de inúmeros atos processuais que o levam do pedido inicial ao final provimento, o procedimento é o modo, a maneira como estes diversos atos processuais se combinam em contraditório (sua ordem, forma, prazo e tempo), algo que é determinado pela lei ou por circunstâncias ligadas às pessoas ou à causa. Metaforicamente, o processo seria um veículo (instrumento) de transportar de carga (Jurisdição, Ação e Defesa). O procedimento seria o caminho percorrido, ou, talvez até melhor, o tipo de veículo utilizado para o transporte desta carga, alguns mais rápidos, outros mais lentos, alguns que vão pelo ar, outros pelo mar, outros pelo chão, todos, entretanto, com o mesmo propósito: levar o veículo (processo) até o seu destino final (provimento jurisdicional).

Ante o aduzido, para se alcançar uma resposta do Poder Judiciário, diante de uma pretensão, utiliza-se o processo, sendo o procedimento a forma como o processo se desenvolve.

Cândido Rangel Dinamarco explica:

Existe muito cuidado por parte dos processualistas modernos, no emprego do vocábulo *processo*. Já há bem mais um século, obra merecidamente festejada denunciava o vício em que incorria a doutrina anterior, consistente em conceituar o processo como a mera marcha, ou avanço gradual, em direção ao provimento jurisdicional demandado. Defini-lo assim é reduzi-lo a simples *procedimento*, quando o processo é uma entidade complexa, que deve ser encarada pelo duplice aspecto da relação entre os seus atos (procedimento) e também da relação entre seus sujeitos (relação jurídica processual). O processo é um verdadeiro *método de trabalho*, através do qual busca o Estado os objetivos institucionais de suas funções básicas, contando seus órgãos, para tanto, com a cooperação de uma ou mais pessoas interessadas. Na linguagem dos processualistas menos modernos não haveria processo quando não se cuida do exercício da função jurisdicional, uma vez que processo seria puro instrumento da jurisdição e nada mais 43.

No desenvolvimento da atividade jurisdicional, o procedimento se apresenta como um conjunto de atos processuais ordenados. Dentro de todo processo há procedimento. O mesmo autor expressa:

Quando se trata de designar a disciplina dos atos do processo, intrinsecamente ou em sua sequência ou correlação, emprega o Código 44, adequadamente, o vocábulo *procedimento* [...] 45.

Nesta seara, necessário se faz compreender a natureza sincrética do processo e a classificação dos procedimentos.

3.2.2 O processo e sua natureza sincrética

Sob o prisma do Código de Processo Civil de 1973, a depender da natureza da tutela jurisdicional pretendida, o processo era denominado de conhecimento, de execução ou cautelar. Essa classificação, inclusive, utilizada pela legislação supramencionada, distinguia os seus Livros I, II e III.

No processo de conhecimento buscava-se, após o magistrado conhecer da pretensão do autor e da resistência oferecida pelo réu, o proferimento de uma sentença de mérito que viesse a expor qual das partes tinha razão.

No processo de execução pretendia-se forçar o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Assim, utilizando-se da prática de atos executivos, o autor pretendia alcançar a satisfação do título judicial 46 ou extrajudicial.

No processo cautelar objetivava-se uma providência jurisdicional urgente, mas provisória, que pretendia resguardar

um direito, diante da possibilidade de este vir a se perder, se fosse aguardar, de forma inerte, a providência do processo principal. Assim, o processo cautelar apresentava relação de acessoriedade com os demais processos (de conhecimento e de execução).

Sob o prisma do Código de Processo Civil de 2015, a classificação acima exposta ficou prejudicada.

Cassio Scarpinella Bueno, abordando como o processo deve ser considerado, explica:

[...] o processo deve ser compreendido de forma *sincrética*, no sentido de que ele não aceita distinções. Há um só processo, em que são visíveis, com maior ou com menor nitidez, fases ou etapas, sucessivas ou concomitantes, em que atividades ora *cognitivas* ora *satisfativas*, com maior ou menor intensidade, são praticadas pelo magistrado, sempre com a preocupação maior de prestar tutela jurisdicional àquela parte que, na perspectiva de direito material, faz jus a ela [47](#).

Nesta seara, Fredie Didier Junior ensina:

As demandas podem ser classificadas de acordo com a natureza da tutela jurisdicional que se busca: conhecimento (certificação de direito), execução (efetivação de direito) ou cautelar (proteger a efetivação de um direito).

Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza *sincrética*: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que viabilize mais de um tipo de tutela jurisdicional, satisfazendo e assegurando, certificando e efetivando, certificando assegurando e efetivando *etc.* Não deixa de ter importância a distinção entre os tipos de tutela, que são diversos; perde-se, porém, a importância de distinguir as demandas conforme essas modalidades de tutela [48](#).

O vigente Código de Processo Civil, conforme o texto legal e o entendimento doutrinário indicam, apresenta o processo com natureza *sincrética*, pois estabelece que a provocação do Poder Judiciário ocorre para a efetivação de “providência jurisdicional” e, para tanto, expressa que um ou mais tipos de tutelas jurisdicionais (conhecimento, execução e/ou cautelar) são possíveis.

Em face do exposto, evidencia-se que há um só processo e que este pode conter etapas ou fases (de conhecimento, de execução e/ou cautelar) que objetivam tutelas jurisdicionais diversas, mas sempre almejando que a providência jurisdicional pretendida se efetive.

O estudo da ciência processual civil revela que o vigente Código de Processo Civil não prevê, propriamente, tipos diversos de processos, mas fases diversas num processo, ou seja, fase de conhecimento, fase executiva e/ou fase cautelar, avocadas conforme a pertinência para se alcançar “providência jurisdicional”.

Não obstante o exposto, registre-se que, sob a influência da redação do Código de Processo Civil de 1973, a expressão “Processo de Conhecimento” é utilizada no Título I, do Livro I, da Parte Especial do atual CPC, a expressão “Cumprimento da Sentença” é utilizada no Título II, do Livro I, da Parte Especial do atual CPC, e a expressão “Processo de execução” é utilizada no Livro II, da Parte Especial do atual CPC.

3.2.3 Classificação dos procedimentos

Conforme a etapa/a fase processual, tal será o procedimento, ou seja, há procedimentos próprios a serem seguidos conforme a etapa/a fase de conhecimento, a etapa/fase de execução ou a etapa/fase cautelar do processo.

Em regra, a lei indica o procedimento, mas permite flexibilizações, ainda que de forma restrita, conforme já explanado no item 3.1 desta obra.

Nestes termos, passemos a observar a classificação que decorre da norma jurídica.

A fase/etapa de conhecimento, denominada pelo vigente Código de Processo Civil de “Processo de Conhecimento”, pode seguir procedimento especial ou comum.

O procedimento especial está previsto nos arts. 539 a 770 do Código de Processo Civil, sendo encontrado, também, em legislação extravagante 49.

O procedimento comum, por sua vez, está previsto nos arts. 318 a 512 do Código de Processo Civil e tem, inclusive, aplicação subsidiária em relação aos demais procedimentos 50.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ressaltam:

[...] É por essa razão que se diz que o procedimento comum é o *procedimento padrão para a tutela dos direitos* – inexistindo disposição especial, emprega-se o procedimento comum para prestação da tutela jurisdicional e para colmatar eventuais lacunas legais na construção dos demais procedimentos 51.

O procedimento comum é residual; assim, somente será identificado se o especial não se adequar à situação concreta constatada.

Na execução também observamos a identificação do procedimento a ser respeitado.

O procedimento para as hipóteses em que a execução tem por base título executivo judicial denomina-se “cumprimento de sentença”, sendo regido pelos arts. 513 a 538 do CPC e, subsidiariamente, pelas disposições referentes ao processo de execução de títulos extrajudiciais 52. Em regra, trata-se de uma nova fase no processo que faz nascer o título executivo judicial (fase posterior a fase de conhecimento/fase cognitiva), no entanto, se o título executivo for um dos previstos nos incisos VI a IX do art. 515, o cumprimento de sentença terá natureza autônoma.

O procedimento para as hipóteses em que a execução tem por base título executivo extrajudicial considera o disposto no Livro II, da Parte Especial do CPC.

Quanto às tutelas provisórias, fundadas em cognição sumária, que podem ser de urgência (tutela de urgência) ou de evidência (tutela de evidência), estão disciplinadas pelos arts. 294 a 311 do Código de Processo Civil.

As tutelas de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidente e as tutelas de evidência sempre devem ser requeridas em caráter incidental.

Diante da relevância das tutelas provisórias para assegurar e efetivar direitos, expressa o art. 297 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória” 53.

3.3 A Supremacia do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto às regras processuais e procedimentais civis

A Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.069/90 elevaram a criança e o adolescente ao *status* de sujeitos de direito. Nestes termos, o processo passou a ter um papel ainda mais significativo, como instrumento a serviço do direito material.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe regras procedimentais na esfera cível, que se sobrepõem ao próprio Código de Processo Civil. Com a pretensão de proteger a criança e o adolescente, passou a ditar procedimentos mais céleres e, portanto, mais satisfatórios às necessidades destes sujeitos de direito.

Evidente que tal celeridade procedimental não deseja a redução e o prejuízo na qualidade da prestação jurisdicional, ora amparada na Lei Maior 54.

O Estatuto está colocado na esfera jurídica brasileira como um “microsistema especializado” 55, com normas procedimentais previstas nos arts. 152 a 170, que pretende ter o vigente Código de Processo Civil como diploma legal de aplicação subsidiária.

Não apenas na Lei n. 8.069/90 são observados procedimentos e instrumentos voltados ao melhor interesse da criança e do adolescente. Podemos mencionar, com caráter exemplificativo, a Lei n. 7.347/85, que dispõe sobre ação civil pública, a Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança, o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, que fundamenta o mandado de injunção, assim como o art. 5º, LXVIII, da Lei Maior, que apresenta a base normativa para o *habeas corpus*. Quanto ao tema alimentos, há um procedimento especial previsto na Lei n. 5.478/68. Esse diploma, cumulado com o art. 201, III, da Lei n. 8.069/90, atribui, dentre outros, ao Ministério Público legitimidade para a propositura da demanda 56.

Do ponto de vista processual, sobre o avanço da proteção à criança e ao adolescente que o referido estatuto trouxe, sem pretender deslocar-se do tema civil proposto a estudo, utilizam-se as palavras de Rinaldo Segundo 57 para demonstrar que, também na esfera penal, há avanços:

Estabelecendo que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, o ECA estendeu-lhes garantias processuais antes não asseguradas nos diplomas legislativos anteriores. No Código de Menores não havia, no curso do procedimento de apuração de ato infracional, a previsão de efetiva oportunidade de produção de provas, a defesa obrigatória por profissional habilitado, a garantia de liberdade de não ser em caso de flagrante ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, a intervenção do Ministério Público em processos envolvendo infração penal e a intervenção de advogado. A justificativa para a posição de inferioridade processual do adolescente submetido a um procedimento de apuração de ato infracional se inspira na ideia de incapacidade, logo, a sua internação tem natureza de medida de segurança, situação que parecia justificar a inexistência de garantias processuais. O ECA vem corrigir essas distorções, já que o adolescente tem todas as garantias de defesa e produção de provas como um adulto. O reconhecimento de garantias processuais possibilita ao adolescente acusado de ato infracional atuar efetivamente no processo, defendendo-se e provando a sua tese. Não se pode esquecer que as medidas destinadas ao adolescente relativas a ato infracional podem culminar com a privação da sua liberdade. As garantias processuais estão estabelecidas nos artigos 110 e 111 do ECA. Eis algumas delas: devido processo legal, pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente, igualdade na relação processual, defesa técnica por advogada e etc.

3.4 Acesso à Justiça

A criança e o adolescente são prioridade absoluta nos termos da Constituição Federal. O acesso destes ao Poder Judiciário não pode ser negado ou dificultado. Neste sentido, dispõe o art. 5º, XXXV 58 e LXXIV 59 desse diploma legal.

Corroborando-se com a Lei Maior, a redação do art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente expressa: “É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”.

A regra da isenção no pagamento das custas e emolumentos, excetuada a hipótese de litigância de má-fé, possibilita uma maior concretização do preceito normativo 60.

O Estatuto confere legitimidade às crianças e aos adolescentes, disciplinando, inclusive, a representação e a assistência destes, bem como a atuação de curador especial, conforme o parágrafo único do art. 142 61.

3.5 Fixação da competência

Sobre o tema “procedimento” previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, vem a ser relevante a abordagem do critério de fixação da competência na vara especializada, ou seja, na vara da infância e da juventude 62.

Não é raro surgirem dúvidas quanto à competência ser fixada na vara da infância e da juventude ou na vara de família, especialmente em se tratando “da falta, omissão ou abuso” de apenas um dos pais, e não de ambos, conforme apresenta a Lei.

O rigor legislativo nos leva à fixação nas varas da família sempre que a conduta danosa for observada como prática de apenas um dos genitores. Este proceder, *data venia*, não aparenta ser o mais acertado, pois, segundo a doutrina da proteção integral, essa rigidez normativa se afasta do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda que, eventualmente, as ações envolvendo os interesses das crianças e dos adolescentes não corram nas varas especializadas (varas da infância e da juventude), o procedimento especial ditado pelo estatuto deve ser seguido, pois criado em prol de tais sujeitos.

Essa conclusão deve ressoar no mundo jurídico, pois o conceito do antigo Código de Menores, infelizmente, ainda parece persistir no pensamento de muitos, ou seja, o procedimento especial apenas deve ser aplicado diante da figura do “menor em situação irregular”.

Esta obra abordará os critérios de fixação da competência, na medida em que os temas “colocação em família substituída”, suspensão e destituição do poder familiar forem sendo desenvolvidos.

3.6 Colocação em família substituída

Independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, a colocação em família substituída far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção 63.

3.6.1 Guarda

A guarda vem a ser a posse de fato da criança ou do adolescente. Trata-se de um *munus* público, pois é caracterizado como um encargo apresentado pelo Estado.

Ensina Maria Helena Diniz 64:

Pela Lei n. 8.069/90, art. 28, constitui a *guarda* um meio de colocar menor em família substituta ou em associação, independentemente de sua situação jurídica (arts. 165 a 170), até que se resolva, definitivamente, o destino do menor [...]. A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, sob pena de incorrer no art. 249, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (art. 33), regularizando assim a posse de fato.

A guarda é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como medida de colocação em família substituta, de modo que, se a fixação se afastar desse contexto, a vara da família é que deverá ser provocada e não a vara da infância, como ocorre, por exemplo, com o litígio envolvendo os pais, quanto a quem deva exercer a guarda, em regra diante de dissolução da união estável ou da sociedade conjugal.

Dispõe Maria Helena Diniz 65:

O órgão julgante [...] ao apreciar o pedido deverá considerar o grau de parentesco e a relação de afetividade para evitar ou diminuir prejuízos que, eventualmente, possam ocorrer (arts. 28, § 3º, 148, parágrafo único, a); conseqüentemente não entregará a guarda do menor a pessoa inidônea ou que não ofereça ambiente familiar adequado (art. 29). Por isso deverá, na medida do possível, a equipe interprofissional ouvir, previamente, o menor, considerando sua opinião, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (art. 28, § 1º). E, em se tratando de maior de 12 anos, é necessário seu consentimento, colhido em audiência (art. 28, § 2º).

Em regra, os pais, diante da ruptura do vínculo afetivo, discutem a guarda dos filhos.

A fixação da guarda de forma unilateral não exclui o genitor, a quem a regulamentação das visitas é oportuna, do exercício do poder familiar. É comum que as discussões sobre o instituto cheguem ao Judiciário por meio das varas de família.

Respeitando-se a estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente, se o contexto das discussões versar sobre “os casos de situações irregulares decorrentes de abandono, de negligência ou incapacidade dos pais, haverá submissão à jurisdição do juizado da infância e juventude”.

Sob esta esfera, atendendo crianças e adolescentes que se encontram em estado de abandono ou tenham sofrido abuso dos pais 66, não apenas a competência estará nas varas da infância e da juventude como serão aplicadas as regras da Lei n. 8.069/90 e apenas subsidiariamente o Código Civil e o Código de Processo Civil.

Essa guarda concedida judicialmente não está condicionada à existência pretérita da suspensão ou destituição do poder familiar e, tampouco, do ajuizamento das demandas que pretendam alcançar tal fim.

É comum destinar a um dos genitores a guarda e ao outro o direito de visitas. Não obstante o exposto, a Lei n. 11.698/2008 inseriu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro e novos aspectos desta modalidade foram

introduzidos pela Lei n. 13.058/2014.

Considerando a exposição do Código Civil brasileiro (especialmente os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634), da doutrina e da jurisprudência, destacam-se quatro modalidades de guarda, a saber:

I – unilateral, também denominada de exclusiva – um dos pais detém a guarda e o outro exerce o direito/dever de visitas do filho; o filho mora no mesmo domicílio do seu guardião; trata-se de modalidade amplamente empregada no Brasil;

II – alternada – os pais revezam períodos exclusivos de guarda dos filhos, diferindo, portanto, da guarda compartilhada, conforme adiante se destacará; nestes períodos, o que não exerce a guarda apresenta o direito/dever de visitas;

III – nidação, também denominada de aninhamento – a criança ou adolescente fixa o domicílio, competindo aos pais o revezamento da sua companhia, conforme decisão judicial; esta espécie de guarda evita que a criança ou adolescente altere a moradia; os pais moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo domicílio; trata-se de espécie de guarda mais observada na Europa, do que no território brasileiro; sendo evidente que, considerando o médio padrão de vida dos brasileiros, as despesas envolvidas na manutenção de uma terceira moradia (a do filho) não estimulam o fortalecimento desta espécie de guarda;

IV – compartilhada, também denominada de conjunta – os pais, embora não vivam sob o mesmo teto, apresentam responsabilização conjunta quanto à vida dos filhos; não há exclusividade do exercício da guarda a um dos genitores, assim, sob o aspecto psicológico, esta é a modalidade de guarda que se destaca positivamente em face da prole ⁶⁷.

Embora a guarda pertença ao poder familiar, pode ser transferida a terceiro ou terceiros e, com tal postura, confere-se autoridade a quem exerce.

A guarda estabelece o domicílio legal do incapaz, confere o direito de representação ou assistência deste e pretende regularizar a situação da criança e do adolescente ⁶⁸.

É oportuno destacar que os pais têm o dever de manutenção dos seus filhos, de modo que o fato de o genitor não ter a guarda, por si, não o exclui da obrigação alimentar. Assim, é salutar que o terceiro, a quem a guarda restou fixada, se preocupe em representar ou assistir a criança ou o adolescente no ajuizamento da ação de alimentos.

Explica Amaldo Rizzardo ⁶⁹:

É uma inovação, pois, à luz da legislação até agora vigente, a guarda nunca gerou possibilidade de representação para quaisquer atos da vida civil. Houve, sempre, necessidade de, dependendo da situação, nomeação de tutor *ad hoc* ou curador especial, para representar ou assistir o menor em situações específicas.

Ante a redação legal apresentada, o magistrado deverá, na decisão interlocutória que defere a guarda provisória ⁷⁰ e na sentença que confere a guarda definitiva ⁷¹, expor os atos que o guardião poderá praticar na qualidade de representante ou assistente do incapaz.

Como consequência, na forma do art. 32, o detentor do instituto deve prestar compromisso nesses termos. A certidão que nasce como comprobatória do ato jurídico praticado é utilizada como legitimadora das futuras posturas necessárias.

Segundo a Lei n. 8.069/90, a guarda é uma forma de colocação em família substituta. Também se expressa, em caráter liminar e incidental, no processo de adoção, exceto na adoção internacional, e na tutela 72, mas a estas demandas não se limita, pois, por vezes, é observada para formalizar o que já ocorre de fato.

Neste sentido, o art. 33 do Estatuto define a guarda: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Do dispositivo decorre o entendimento de que por meio da guarda o seu titular tem a possibilidade de resguardar a criança ou o adolescente de pessoas (abrangendo os pais) que possam causar dano a sua estrutura física e psíquica 73.

O guardião, nos termos do Estatuto, deve proceder à assistência material, moral e educacional do incapaz. Neste sentido, a Lei n. 8.069/90, no § 3º do art. 33, assegura ao menor assistência médica e amparo previdenciário 74.

Os arts. 33 a 35 da Lei n. 8.069/90 são destinados à regulamentação desse instituto, em se tratando do macrotema “colocação em família substituta”, que independe da destituição do poder familiar e, muitas vezes, serve para regularizar uma situação que já é fática.

Neste contexto, frise-se a importância da participação dos pais no processo, quer como partes, quer como terceiros que anuem ao pleito, salvo se já destituídos do poder familiar.

A criança e o adolescente são o objeto da ação, assim não atuam como partes nesse processo.

Contrapondo a referida lei, o vigente Código Civil regulamenta a matéria ao tratar das obrigações parentais, disciplinando-a como decorrência do poder familiar.

Respeitando orientação doutrinária de Wilson Donizeti Liberati, a guarda se apresenta de muitas formas para atender a diversas finalidades. Assim, o Estatuto aduz as seguintes modalidades de guarda: “Para regularizar a posse de fato de criança e adolescente”, que se encontra sob os cuidados de uma ou mais pessoas, conforme art. 33, § 1º, do Estatuto; “como medida liminar ou incidental nos processos de tutela ou adoção”, antecipando a proteção destes incapazes, apresentando o mesmo fundamento legal da modalidade supramencionada; “como medida excepcional, para atender a situações peculiares”, uma vez que a norma não teria condições de prever todas as situações em que a fixação da guarda se faria necessária, podendo-se inserir nesta esfera estrutura indicada no art. 34 do Estatuto; “como medida para regularizar a situação de adolescente trazido de outra comarca para prestar serviços domésticos”, nos termos do art. 248 da Lei n. 8.069/90; “Poderá ser deferida ao dirigente de abrigo”, uma vez que este foi equiparado a guardião, nos termos do art. 92, § 1º; “guarda para fins previdenciários”, que é possibilitada aos parentes com o fito de colocar o menor como dependente para fins previdenciários 75.

Se a situação que faz provocar o Judiciário estiver enquadrada no art. 98 do Estatuto, competente será uma das varas

da infância e da juventude, devendo ser respeitado o procedimento específico ditado pelos arts. 165 a 168 do diploma sob estudo, que apenas em caráter subsidiário se sujeitará ao Código de Processo Civil.

A demanda poderá ser de jurisdição voluntária ou contenciosa, a depender da eventual resistência que o pedido pode sofrer, especialmente por parte de um dos pais.

As situações que fundamentaram a fixação da guarda podem sofrer alteração, o que torna possível o ajuizamento da ação de modificação de guarda.

No mesmo sentido, a guarda pode ser revogada a qualquer tempo mediante ato judicial fundamentado, desde que ouvido o Ministério Público (art. 35 da Lei n. 8.069/90).

Diante do interesse de incapazes que esta demanda norteia, a atuação do Ministério Público é observada como obrigatória.

Frise-se que a demanda deverá ser instruída com a certidão de nascimento do menor, qualificação deste, dos requerentes e dos pais, expondo se os últimos estão vivos, são falecidos ou ausentes, bem como se exercem, foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Eventual vínculo de parentesco existente entre o postulante e o menor deverá ser exposto na petição, assim como o dia a dia dessa criança ou adolescente e o papel que o postulante exerce ou tem potencial de exercer nessa rotina.

No momento da propositura é importante informar a existência ou não de bens em nome da criança ou do adolescente.

Da exposição dos fatos nascerá o pedido que, em regra, se apresenta para a imediata fixação provisória da guarda, a qual culminará com a guarda definitiva a ser determinada por sentença.

A ação de guarda não pode ser cumulada com a ação de alimentos, uma vez que as partes dessas demandas são diversas. No entanto, a fixação da guarda em pessoa ou pessoas distintas dos pais não impede que os genitores sejam réus em futura ação de alimentos, cujo autor será o menor, representado ou assistido pelo guardião, pois é a filiação que atribui a obrigação alimentar.

A realização de estudo social tornou-se uma prática salutar nessas demandas. Em verdade, pretende expor um conhecimento técnico-científico que, em regra, o magistrado não possui.

Há dificuldades, na vida prática, com esses laudos (social e psicológico) sempre que a sua narração dos fatos não apresenta harmonia com a conclusão indicada pelo próprio profissional.

A mesma dificuldade é encontrada diante de laudos (social e psicológico) antagônicos que, em vez de auxiliar o juiz no julgamento da causa, acabam por dificultar a prestação jurisdicional.

Nas situações aduzidas, cabe ao magistrado, de ofício ou mediante provocação (das partes ou do Ministério Público), intimar os referidos profissionais para que se manifestem em face da incongruência, pois a inércia poderá conduzir ao proferimento de decisão que se contraponha ao interesse do menor.

A estrutura da petição inicial respeitará as regras constantes no art. 319 do Código de Processo Civil e seguirá procedimento especial previsto na lei, sendo digno de nota que o valor da causa deverá ser indicado na petição inicial, apenas para fins de alçada, uma vez que o menor não apresenta conteúdo econômico e, por isso, não norteia o montante a ser estabelecido na exordial.

Sobre o tema, ainda é relevante destacar que, uma vez deferida a guarda provisória, caberá ao profissional do direito que age como procurador do guardião ficar alerta ao prazo de validade da certidão que atesta tal guarda, pois costuma ter vida útil de noventa dias, o que justificará futura postulação para renovação do deferimento, uma vez que, não raro, a sentença será alcançada em prazo maior.

Diante do deferimento da guarda provisória, a sua proteção em face de quem venha a se opor deverá ocorrer por meio de tutela provisória de urgência incidental, fundamentada no Código de Processo Civil.

Se a guarda definitiva já restou fixada, eventual resistência, que se concretize no afastamento do menor da figura de seu guardião, justificará nova provocação do Poder Judiciário, com pedido liminar.

A proteção da guarda definitiva que já foi disciplinada por sentença 76 também poderá ser requerida por simples petição nos autos da ação que a decretou, caso o arquivamento ainda não tenha ocorrido 77.

3.6.2 Tutela

Ausente o poder familiar, ainda que temporariamente, nasce a tutela. Trata-se de instituto que pretende a proteção da criança e do adolescente.

A investidura do tutor depende de decisão judicial, sendo exercida por dois anos, em que pese possa ser prorrogada, conforme a vontade do tutor, competindo ao nomeado a administração dos bens do pupilo, a prestação de contas e o balanço da administração. Já o poder familiar decorre da lei, é exercido exclusivamente pelos pais até que o filho alcance a maioridade civil ou ocorra a emancipação, competindo o usufruto e a administração dos bens da prole, sendo que a lei não exige a prestação de contas e o balanço da administração.

Explica Maria Helena Diniz 78:

A tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais faleceram, foram declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar [...], dando-lhe assistência e representação na órbita jurídica, ao investir pessoa idônea nos poderes imprescindíveis para tanto. O tutor passará a ter o encargo de dirigir a pessoa e de administrar os bens do menor que não se encontra sob o poder familiar do pai ou da mãe, zelando pela sua criação, educação e haveres. Portanto, tutela e poder familiar são institutos que não podem coexistir; onde um incide não há lugar para o outro [...].

Sobre o tutor recaem, em regra, todos os deveres constatados na figura dos pais. Neste sentido, explica Flávio Augusto Monteiro de Barros 79:

Ao tutor compete representar o pupilo até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte. Cabe-lhe ainda dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição. Enquanto os pais

podem aplicar castigos físicos moderados, com fim educativo, o tutor deve limitar-se a punições morais. Em casos mais graves, deve reclamar ao juiz que providencie, com o houver por bem, o tipo de correção que o menor deverá sofrer.

Ao tutor ainda compete autorizar o casamento do pupilo em idade núbil, outrossim, requerer ao juiz, quando necessário, a sua emancipação civil, se o menor tiver dezesseis anos completos.

Os arts. 1.748 80 e 1.749 81 do Código Civil limitam, sob o aspecto econômico, a atuação do tutor 82.

Exterioriza-se na lei como um *munus* público, na medida em que se mostra um encargo imposto pelo próprio Estado, pois apenas em casos excepcionais poderá ser recusado.

Trata-se de postura personalíssima indelegável, salvo na hipótese prevista no art. 1.743 do Código Civil 83.

Com fulcro no Código Civil brasileiro é possível discurrir sobre espécies de tutela, de modo que, sobre o assunto, faz-se uso das palavras de Flávio Augusto Monteiro de Barros 84:

A tutela pode ser:

a) tutela testamentária: quando os pais indicam o tutor, em testamento, ou documento autêntico. Esse documento autêntico pode ser um codicilo ou escritura pública. Em caso de o testamento ter indicado mais de um tutor, presume-se que a tutela foi cometida ao primeiro e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação (§ 1º do art. 1.733). Só é válida a tutela testamentária se o progenitor nomeante estiver no exercício do poder familiar, desde ainda que o outro progenitor, por qualquer razão, não possa também exercer o poder familiar. O novo Código não permite mais que os avós, por testamento, ou outro documento, façam a indicação do tutor;

b) tutela legítima: quando a lei indica o tutor, diante da falta de tutor nomeado pelos pais. O art. 1.731 coloca os ascendentes em primeiro lugar e depois os colaterais até o terceiro grau; os parentes mais próximos excluem os mais remotos; entre os colaterais do mesmo grau, os mais velhos têm preferência sobre os mais moços. Essa ordem, porém, não é rígida, e sim flexível, porque o juiz poderá alterá-la, escolhendo o parente mais apto a exercer a tutela em benefício do menor;

c) tutela dativa: quando a nomeação recai sobre outra pessoa idônea e residente no domicílio do menor. Só aplicável, em princípio, na falta de tutor testamentário ou legítimo. Nada obsta, porém, que no interesse do menor, a despeito da possibilidade do tutor testamentário ou legítimo, o juiz opte pela tutela dativa. Tal ocorre, por exemplo, quando o menor já se encontra sob os cuidados de uma pessoa idônea.

Admite-se ainda o tutor interino, que é nomeado provisoriamente na hipótese de suspensão das funções do tutor (art. 1.197 do CPC). O tutor interino exercerá a tutela até o juiz restabelecer a tutela anterior ou então até a nomeação de novo tutor.

Também é possível o tutor *ad hoc*, também chamado curador especial. Com efeito, dispõe o § 2º do art. 1.733 que “quem instituir um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela”.

Outros casos de tutela *ad hoc*, ou curatela especial, ocorrem quando os pais encontram-se desaparecidos. Nesse caso, até que se declare a ausência o juiz pode nomear um curador especial ao menor. Mas, a partir da declaração de ausência, o menor deve ser colocado sob tutela.

Por outro lado, o código não prevê a figura do tutor sub-rogado, isto é, o substituto do tutor; mas prevê [...] o *protutor*, pessoa encarregada de fiscalizar os atos do tutor.

Finalmente, a doutrina ainda costuma designar de tutela irregular a situação fática pela qual uma pessoa zela pelo menor como se fora tutora. Trata-se, a rigor, de uma guarda de fato, que surte efeitos jurídicos similares à gestão de negócios. Tratando-se, porém, de menores abandonados, na falta de tutor nomeado pelo juiz ou estabelecimento público que os receba, a lei defere automaticamente a tutela à pessoa que, voluntária e gratuitamente, se encarrega de sua criação (art. 1.734).

Em prol dos interesses dos menores, o Código Civil no art. 1.733 dispõe que será dado um só tutor aos irmãos órfãos. Ocorre que, não raro, os juízes nomeiam tutores diversos para irmãos, baseando-se, inclusive, na doutrina da proteção integral do menor ⁸⁵.

Em que pese ser a tutela um *munus* público, conforme já exposto, o art. 1.735 do Código Civil ⁸⁶ veda certas pessoas dessa atuação e os arts. 1.736 ⁸⁷ e 1.737 ⁸⁸ limitam as hipóteses de escusa.

A apresentação da escusa deve ocorrer no prazo de dez dias, contados da ciência da designação ou da data nascente da causa da escusa, caso esta seja posterior à designação (art. 1.738 do Código Civil) ⁸⁹.

Na hipótese de a recusa não ser aceita pelo magistrado, há a possibilidade da interposição de recurso, mas este não apresentará, em princípio, efeito suspensivo, assim, terá o nomeado que assumir o encargo pelo tempo que o Judiciário tardar em apreciar e julgar o recurso (artigo 1.739 do Código Civil) ⁹⁰.

O instituto da tutela não trata apenas da proteção à pessoa do menor, mas, também, da proteção ao patrimônio deste ⁹¹.

Reitere-se, por oportuno, que, enquanto a guarda convive com o poder familiar, a tutela é incompatível com o poder familiar.

Explica Wilson Donizeti Liberati ⁹²:

A tutela é instituto de direito civil, destinado à proteção de pessoas menores de 18 anos, que se concretiza quando: a) os pais forem falecidos; b) estiverem ausentes; c) forem destituídos do poder familiar, conforme dispõe o art. 1.728 do CC.

Na seara da proteção dos tutelados, o vigente Código Civil fez nascer a figura do *protutor*.

Nestes termos, dispõe o art. 1.742 do referido diploma legal: “Para fiscalização dos atos do tutor, pode o juiz nomear um protutor”.

Trata-se de uma inovação introduzida pelo vigente Código Civil, na qual o magistrado, pretendendo certificar-se da postura do tutor, tem a faculdade de nomear o protutor.

Data venia, diante das responsabilidades que o magistrado assume, nos termos da lei, quanto à proteção dos menores, comportamentos incompatíveis com a função da tutoria devem dar causa à pronta destituição deste e não à nomeação de protutor.

Como garantia da tutela, pretendendo o zelo pelo patrimônio do menor, o magistrado poderá exigir a prestação de caução real (hipoteca e penhor) ou fidejussória (fiança).

Ainda no sentido da proteção, conforme já exposto nas citadas palavras de Flávio Augusto Monteiro de Barros, o art. 1.743 do Código Civil declara:

Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela.

Os tutores devem manter em poder apenas valores suficientes para as despesas ordinárias da criança ou do

adolescente 93. Assim, valores que excedem tais gastos rotineiros devem estar depositados em bancos oficiais ou investidos, em regra, em bens imóveis, segundo decisão judicial.

Evidentemente que comportamento diverso ensejará a responsabilização pecuniária desse administrador, pois não se admitirá que o menor seja prejudicado pela omissão deste quanto ao zelo patrimonial.

Neste sentido, existindo valores depositados em fôvor do menor, a retirada dependerá de alvará judicial 94.

Os danos que, por culpa ou dolo, o tutor vier a causar ao pupilo deverão ser indenizados. Trata-se de responsabilidade subjetiva. Apresenta responsabilidade solidária o protutor e terceiros que concorrerem para o evento danoso 95.

Tratando-se do tema responsabilidade, cabe expor que:

[...] o juiz responde subsidiariamente pelos danos que o tutor causar ao patrimônio do pupilo, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, quando este se tornou suspeito (art. 1.744, II). Anote-se que a responsabilidade é subsidiária, pressupondo-se, destarte, o exaurimento dos bens do tutor, protutor e terceiros responsáveis.

Acrescente-se, ainda, que a responsabilidade do juiz será direta e pessoal, quando não tiver nomeado tutor, ou não o houver feito oportunamente (art. 1.744, I) 96.

O tutor e o protutor têm direito ao ressarcimento das despesas concretizadas em razão do exercício da função, além de uma remuneração cujo arbitramento fica condicionado ao prudente arbítrio do magistrado, salvo a hipótese de tutela testamentária, em que os pais podem ter tomado a iniciativa de estabelecer o montante devido.

Evidentemente que, se o menor não tem patrimônio, ou se este for diminuto, não vem a ser razoável falar em remuneração, ou mesmo ressarcimento dos valores gastos com a atividade exercida.

A prestação de contas é devida para aquele que exerce a função de tutor. Assim, ela ocorrerá de dois em dois anos; sempre que o magistrado a requerer ou sempre que, por qualquer razão, se deixar de exercer a atividade.

Por decorrer de norma potestativa, não produz efeitos eventual cláusula testamentária que exclua o tutor dessa responsabilidade.

Nem mesmo na hipótese de morte, ausência ou interdição do tutor, a obrigação de prestar contas é ignorada. Assim, nos termos da lei 97, os herdeiros ou seus representantes deverão cumprir a imposição.

Corroborando-se com a atividade de prestar contas, anualmente o tutor deve apresentar o balanço da administração dos bens do tutelado ao magistrado para fins de aprovação.

Quanto à fixação da competência 98:

O Juiz da Vara da Infância e da Juventude será competente para processar e julgar os pedidos de tutela de crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, conforme determina o art. 98 c/c o art. 148, parágrafo único, a, do ECA. Nos demais casos, será competente o Juiz da Vara da Família ou aquele escolhido pela Lei de Organização Judiciária.

O aspecto diferencial que determinará a competência do Juiz da Infância e da Juventude é exatamente o mesmo para a concessão da guarda, ou seja, a criança deverá estar numa situação que comprove sua hipossuficiência: a) por ação ou omissão da sociedade ou do

Estado; b) por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis; e c) em razão de sua própria conduta (ECA, art. 98).

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata do instituto da tutela nos arts. 36 a 38 sob a premissa de colocação da criança e do adolescente em família substituída e, nesta esfera, sob o aspecto procedimental, a nomeação de tutor respeita os arts. 165 a 168 da Lei n. 8.069/90, sendo que, se a nomeação decorrer de testamento ou de codicilo, aplicar-se-ão os arts. 1.125 e 1.134 do Código de Processo Civil.

Cessa a condição de tutelado, nos termos do art. 1.763 do Código Civil, “com a maioridade ou emancipação do menor”, ou “ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção”.

Cessam as funções do tutor, nos termos do art. 1.764 do Código Civil, “ao expirar o termo, em que era obrigado a servir”, “ao sobrevir escusa legítima”, bem como “ao ser removido”.

3.6.3 Adoção

A adoção é ato jurídico solene pelo qual uma pessoa humana passa a ter laços de filiação e parentesco com outra, que não decorrem da natureza.

Assim, no mesmo sentido, conceitua Carlos Roberto Gonçalves: “Adoção é ato solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” ⁹⁹.

Este instituto deve ser estudado sob o prisma dos interesses da criança e do adolescente, e não sob a vertente dos interesses do adotante.

De fato, há uma prioridade de interesses destes incapazes, que nascem na Constituição Federal e se concretizam no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a vigência da Lei 8.069/90, a adoção é erigida à categoria de *instituição*, tendo como natureza jurídica a constituição de um vínculo irrevogável de paternidade e filiação, por meio de *sentença judicial* (ECA, art. 47). É por intermédio da decisão judicial que o vínculo parental com a família de origem desaparece, surgindo nova filiação (ou novo vínculo), de caráter adotivo, acompanhada de todos os direitos pertinentes à filiação de sangue ¹⁰⁰.

Sobre a adoção, dispõe o art. 1.618 do Código Civil: “a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Completando a exposição, reza o art. 1.619 do mesmo diploma legal:

A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a nova redação do art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecida pela Lei n. 12.010/2009, explica Carlos Roberto Gonçalves ¹⁰¹:

É, [...], reforçado o direito da criança de ser criada por sua família biológica, sendo a adoção considerada medida excepcional, à qual deve se recorrer apenas quando esgotados os recursos de sua manutenção na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do artigo 25.

No mencionado parágrafo único do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a nova redação, a Lei Nacional de Adoção estabelece o conceito de família *extensa* ou *ampliada*, que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Aprimoram-se, com isso, os mecanismos de prevenção do afastamento do menor do convívio familiar, somente permitindo-se a adoção depois de esgotadas todas as possibilidades, inclusive a convivência com parentes próximos.

No art. 1º, § 1º, a referida lei proclama que a intervenção estatal, “em observância ao disposto no *caput* do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada”. E, no art. 1º, § 2º, deixa claro que somente em caso de absoluta impossibilidade serão colocados em família substituta, sob as formas de adoção, tutela ou guarda.

As mudanças introduzidas pela nova lei, com as adequações no Estatuto da Criança e do Adolescente, visam agilizar a adoção de menores no país e também possibilitar o rápido retorno às suas famílias das crianças que estejam em programa de acolhimento familiar ou institucional. Mas como, por outro lado, não se pode abrir mão de certas exigências, que permitem ao Judiciário conhecer a pessoa que quer adotar, o impasse levou o legislador a instituir alguns procedimentos que conflitam com a ideia de agilização desejada por todos.

Esse vínculo de parentesco civil, em linha reta, gerado pela adoção, é irrevogável. O poder familiar dos pais naturais não será restabelecido nem mesmo com a morte do adotante.

A adoção depende de procedimento judicial, com intervenção do Ministério Público, mesmo para adotados maiores de 18 (dezoito) anos.

Os principais efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal e patrimonial. Os de *ordem pessoal* dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; os de *ordem patrimonial* concernem aos alimentos e ao direito sucessório [102](#).

Sendo o adotando maior, a competência para o procedimento judicial será fixada numa das varas da família, aplicando-se, no que couber, a normatização advinda do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para a adoção dos menores de 18 (dezoito) anos, a competência será das varas da Infância e Juventude, com o procedimento ditado pela Lei n. 8.069/90.

A adoção desprende o adotado dos vínculos com a família de sangue, exceto quanto aos impedimentos para o casamento.

Independentemente do estado civil, os maiores de 18 (dezoito) anos podem adotar.

Para a adoção conjunta, os adotantes devem, em princípio, ser casados civilmente ou ter união estável, com estabilidade familiar.

Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente e até mesmo a guarda compartilhada poderá ser firmada, segundo o melhor interesse da criança ou adolescente, mas o estágio de convivência deve ter iniciado na constância do período de convivência. Nesta esfera, devem acordar quanto à guarda e ao regime de visitas, sendo comprovada a existência de vínculo de afinidade e afetividade com o não detentor da guarda (§ 4º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Quanto ao tema, impende expor, sobre os que vivem em união homoafetiva, as palavras de Paulo Lôbo 103:

No contexto atual, a cláusula de barreira tem como principal alvo as uniões homossexuais, motivo de acesa controvérsia na sociedade brasileira. Argumenta-se que a filiação adotiva deve imitar o padrão natural de família nuclear, com as figuras bem claras de pai e mãe, que seriam imprescindíveis para a formação da criança. Não há fundamentação científica para esse argumento, pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstraram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados. Por outro lado, não há impedimento constitucional para que a adoção seja deferida a duas pessoas que não sejam casadas ou que vivam em união estável, o que torna problemática a proibição.

Diversos estudos de especialistas [...] têm mostrado o fato de que uma criança criada por pais de mesmo sexo não tem impacto negativo em relação a outra criada por pais heterossexuais. Ao contrário, considera-se ser do melhor interesse da criança sua adoção regular. Na Alemanha, a Lei de Parceria Registrada, de 2005, permitiu que o parceiro homossexual possa adotar o filho biológico do outro. O Canadá foi mais longe, com a lei de julho de 2005 – ao lado de outros países que enfrentam o problema –, ao admitir o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, com os mesmos efeitos do casamento heterossexual, inclusive para fins de adoção conjunta.

A lei brasileira permite que a adoção seja feita por apenas uma pessoa, de qualquer estado civil, inclusive casada, sem a participação do outro cônjuge, o que pode acarretar mais problema de relacionamento do que a adoção compartilhada por pessoas do mesmo sexo. Causou comoção social, amplamente divulgado pela imprensa, o caso da cantora Cassia Eller, homossexual assumida, que vivia com um filho ao lado de uma companheira de longos anos. Ao falecer, abriu-se discussão sobre a guarda do filho, pois este optou pela companheira da mãe, contrariando a pretensão do avô. Houve decisão judicial em favor da companheira.

A proibição não impedirá que um dos companheiros homossexuais adote uma criança, ainda que o outro não possa fazer, gerando conflitos em prejuízo da pessoa adotada. A matéria começa a ser enfrentada pelos tribunais no sentido que defendemos.

Há de existir uma diferença mínima de idade de 16 (dezesseis) anos entre o adotante e o adotado.

O adotante, o adotado, seus pais ou representante legal devem consentir com a adoção.

O adotado será ouvido em audiência, na presença do juiz e do representante do Ministério Público. Sendo menor de 12 (doze) anos ou maior incapaz, seu representante legal (pais, tutores ou curadores) consentirá por ele.

Segundo o art. 28, § 2º, da Lei n. 8.069/90, se o menor tiver mais de 12 (doze) anos deverá ser ouvido em audiência, na presença do juiz e do promotor de justiça 104.

Caso os pais venham a anuir e a adoção seja deferida, ter-se-á a destituição do poder familiar.

O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente, se seus pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar (Lei n. 8.069/90, art. 45, § 1º). Não haverá, portanto, necessidade do consentimento do representante legal, nem do menor, se se provar que se trata de infante que se encontra em situação de risco, por não ter meios para sobreviver, ou em ambiente hostil, sofrendo maus-tratos, ou abandonado, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos e esgotadas as buscas, ou tenham perdido o poder familiar, sem nomeação de tutor. Em caso de adoção de menor órfão, abandonado, ou cujos pais foram inibidos do poder familiar, o Estado o representará ou assistirá, nomeando o juiz competente um curador *ad hoc*.

Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada (Lei 8.069/90, art. 28, § 1º).

Se se tratar de relativamente incapaz, deverá participar do ato assistido pelo seu representante legal 105.

Admite-se a retratação do consentimento até a data da publicação da sentença constitutiva, no entanto, segundo o Enunciado 259 do Conselho da Justiça Federal, “a revogação do consentimento não impede, por si só, adoção, observado o melhor interesse do adotando”.

De fato, cabe ao magistrado verificar a pertinência da adoção. Deverão ser observadas reais vantagens ao adotando, caso contrário inexistirão razões para que o ato se concretize.

A autoridade judiciária deverá ter, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas. Também deverá ter um registro de pessoas interessadas na adoção. O deferimento da inscrição desses interessados estará condicionado ao preenchimento de requisitos legais, orientações psicossociais e jurídicas, advindas da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude.

Apenas com a negativa quanto à existência de pessoa ou casal interessado na adoção e regularmente inscrito no cadastro, com residência permanente no Brasil, se procederá à adoção internacional.

A fiscalização quanto ao rigoroso respeito à ordem dos cadastros está com o Ministério Público.

Somente poderá ser deferida adoção, [...], em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado quando:

- a) se tratar de pedido de adoção unilateral;
- b) for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
- c) oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Nestas hipóteses, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção. Urge lembrar, ainda, que “as pessoas e casais já inscritos nos cadastros de adoção ficam obrigados a frequentar, no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da entrada em vigor da Lei n. 12.010/2009, a preparação psicossocial e jurídica a que se referem os §§ 3º e 4º do art. 50 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, acrescidos pelo art. 2º desta Lei, sob pena de cassação de sua inscrição no cadastro” (art. 6º da Lei n. 12.010/2009) 106.

É estabelecido como requisito para a adoção o estágio de convivência com o adotando, desde que seja esta criança ou adolescente, segundo prazo fixado pela autoridade judiciária.

Caso o adotando já esteja sob a tutela ou a guarda legal do adotante por tempo que permita a avaliação da convivência, esse estágio poderá ser dispensado.

A guarda de fato, nos termos da lei, não dispensa o referido estágio.

Sendo a pessoa ou o casal com residência ou domicílio fora do país quem pretende adotar, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias, devendo ser cumprido no território nacional.

Disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 39 a 52-D, a adoção vem a ser uma das formas de colocação em família substituta, com procedimento descrito pelos arts. 165 a 170 do mesmo diploma legal.

Nos termos do art. 165 da Lei n. 8.069/90, a petição inicial do pedido de adoção deverá apresentar, além dos requisitos específicos 107, a “qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, com expressa anuência

deste”, a “indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo”, a “qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos”, além da “declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente”.

É vedada a adoção por procuração.

No processo de adoção deve-se buscar, por meio da citação, a participação dos pais, com vistas à efetivação do contraditório e da ampla defesa.

Com redação determinada pela Lei n. 12.010/2009, dispõe o *caput* do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

Diante de suas concordâncias, os pais serão ouvidos em audiência, com a presença do representante do Ministério Público.

O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência supramencionada, embora seja retratável até a data da publicação da sentença da adoção.

Firma a Lei n. 8.069/90 que as orientações e os esclarecimentos advindos da equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude precederão esta oitiva, notadamente quanto à irrevogabilidade da medida.

Somente quando esgotar as possibilidades de localização dos pais biológicos, inclusive nas modalidades estabelecidas no Código de Processo Civil, é que deverá se proceder à nomeação de curador especial 108, nos termos do art. 72, *caput*, inciso II e parágrafo único do diploma processual civil vigente 109. Este terá o ônus de apresentar uma defesa genérica, conforme parágrafo único do art. 341 da mesma estrutura normativa 110.

Inexistindo consentimento dos pais, a destituição do poder familiar é ato indispensável e deve preceder a própria adoção.

A autoridade judiciária determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, conforme acima aduzido, para averiguar a existência de condições psicológicas, econômicas e sociais necessárias ao exercício da maternidade e/ou paternidade, decidindo, quando for o caso, sobre o estágio de convivência.

Apresentado em juízo o laudo social ou pericial e ouvindo-se o adotando, sempre que possível, abrir-se-á vista dos autos ao Ministério Público para que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente parecer. A autoridade judiciária deverá decidir em igual prazo.

O trânsito em julgado da sentença da adoção a torna irrevogável, rompendo o vínculo do adotado com a sua família biológica, não obstante a identificação de vícios na sequência dos atos e nos procedimentos possa acarretar eventual decretação de nulidade 111.

A sentença da adoção tem natureza constitutiva, pois faz surgir o vínculo de filiação e parentesco, devendo ser inscrita no registro civil.

Referida inscrição indicará o nome dos adotantes, como pais, e seus ascendentes. Atendendo aos termos da

sentença, se conferirá ao adotando o nome do adotante, sendo que, nos preceitos do pedido, a sentença poderá estar determinando ainda a alteração do prenome.

Não é lícita a menção quanto à origem do ato, pois pretende-se que haja a crença no parentesco consanguíneo.

Há possibilidade de adoção *post mortem*, desde que o falecimento do adotante ocorra após a apresentação da sua inequívoca manifestação de vontade, ainda que pendente o procedimento, de modo que os efeitos da sentença da adoção retroagirão à data do óbito.

O procedimento acima exposto se refere à hipótese de o Judiciário ser provocado já com a indicação da criança ou do adolescente que se pretende adotar.

Comumente, no entanto, a conduta é diversa, ou seja, há o procedimento de habitação, nos termos a seguir expostos, para que o postulante seja inscrito nos cadastros especificados no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivando-se que receba criança ou adolescente, conforme a ordem cronológica e a disponibilidade dos referidos cadastros.

Nestes termos, os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, por petição inicial que exporá a qualificação completa, os dados familiares, juntando cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável, além das cópias da certidão de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, comprovante de renda e domicílio, atestados de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e certidão negativa de distribuição cível (art. 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente), formularão o pedido de habilitação.

No prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público e este, no prazo de 5 (cinco) dias, poderá “apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico [...]”, “requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas”, bem como “requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias”, conforme art. 197-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É obrigatória a participação dos postulantes à adoção:

[...] em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política mundial de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos [112](#).

Apenas após certificada nos autos a conclusão da participação no referido programa,

a autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, decidirá sobre as diligências requeridas pelo representante do Ministério Público e determinará a juntada do estudo psicossocial, designando, conforme o caso, audiência de instrução e julgamento” [113- 114](#),

proferindo a decisão sobre a habilitação, como ato subsequente.

Inscrito o postulante no competente cadastro, ficará sujeito à ordem cronológica das habilitações e à disponibilidade

de crianças ou adolescente adotáveis, salvo as hipóteses constantes no § 13 do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, oportunamente já expostas 115.

Não obstante consumada a adoção, o adotado poderá propor ação de investigação de paternidade, pois tem o direito de conhecer sua origem genética.

Com os avanços da medicina, torna-se cada vez mais plausível pensar na importância de se prevenirem doenças, ou mesmo de se conhecerem impedimentos matrimoniais.

Trata-se de ação imprescritível, mas a procedência não acarretará direitos sucessores ou mesmo direito a alimentos em face dos pais biológicos, posto que o vínculo com os adotivos não cessará.

Apontam-se três casos de inexistência da adoção: a) falta de consentimento do adotado e do adotante; b) falta de objeto, p. ex., se o adotante estiver privado do exercício do poder familiar por incapacidade, ausência ou interdição civil; e c) falta de processo judicial com a intervenção do Ministério Público.

Poder-se-á tornar nula a adoção, judicialmente, desde que violadas as prescrições legais (CC, art. 166, V e VI); porém, por ser uma liberalidade, não se exige rigor absoluto do exame das suas formalidades.

Assim, nula será, p. ex., a adoção em que:

- 1) O adotante não tiver mais de 18 anos (ECA, art. 42, *caput*), por não haver diferença de pelo menos 16 anos de idade entre adotado e adotante (ECA, art. 42, § 3º).
- 2) Duas pessoas, sem serem marido e mulher ou conviventes, adotaram a mesma pessoa (Lei n. 8.069/90, art. 42, § 2º).
- 3) O tutor ou o curador não prestou contas (ECA, art. 44).
- 4) Vício resultante de simulação (CC, art. 167) ou de fraude à lei (CC, art. 166, VI).

São casos de anulabilidade:

- 1) Falta de assistência do pai, tutor ou curador, ao consentimento do adotado relativamente incapaz (CC, art. 171, I).
- 2) Ausência de anuência da pessoa sob cuja guarda se encontra o menor ou interdito.
- 3) Consentimento manifestado somente pelo adotado relativamente incapaz (CC, art. 171, I).
- 4) Vício resultante, p. ex., de erro, dolo, coação (RT 586:40; CC, art. 171, II).
- 5) Falta de consentimento do cônjuge ou convivente do adotante e do consorte do adotado, mas há julgados, no que concordamos, visto que a lei não exige tal anuência, dispensando-a (RT 481:96, 610:93), se a adoção for feita pelo casal, caso em que se pressupõe, expressa ou tacitamente, o consentimento de ambos 116.

Nestes termos, a adoção poderá ser impugnada por ação de anulabilidade e por ação de nulidade, sendo esta meramente declaratória 117.

Cabe salientar que a declaração da nulidade não está condicionada à propositura de demanda autônoma, admitindo-se a declaração em qualquer processo, sempre que a questão venha a ser suscitada 118.

Essas ações podem ser propostas pelo adotante, pelo adotado e terceiros interessados. Por se tratar de demandas que versam sobre o estado da pessoa, a participação do Ministério Público é obrigatória.

Respeitando-se o art. 205 do Código Civil, tais proposituras devem respeitar o prazo de 10 (dez) anos, tendo como

temo inicial nessa contagem a morte do adotante 119.

A lei de organização judiciária determinará a fixação da competência, não obstante, em princípio possa se dizer que caberá ao juízo das varas da infância e da juventude, tratando-se de criança e adolescente, e ao juízo das varas de família, para os maiores de 18 (dezoito) anos 120.

A adoção poderá ser extinta com a deserção, a indignidade, o reconhecimento judicial do adotado pelos pais biológicos, bem como por nova adoção.

Ainda sobre o tema adoção, é oportuno expor quanto à pretensão dos estrangeiros ou brasileiros residentes fora do território nacional, em relação aos menores de nossa pátria. Muitos são os favoráveis ao engessamento dessa possibilidade, como forma de limitar o tráfico de menores.

Não obstante as polêmicas que o tema comporta, é fato que os estrangeiros estão mais propensos a acolher crianças e adolescentes que, em razão da raça, da idade e até das deficiências físicas ou mentais, serão rejeitados pelos brasileiros que se encontram habilitados e, portanto, inseridos nos cadastros próprios.

Segundo legislação vigente, somente inexistindo nos cadastros dos habilitados à adoção interessado com residência permanente no Brasil, será conferida a possibilidade da adoção internacional 121, que não poderá ocorrer por procuração.

Nesses termos, o interessado deverá apresentar comprovação da habilitação à adoção, realizada no país onde está situada sua residência habitual, por meio de relatório que é expedido pela Autoridade Central daquele país, conforme art. 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, instruído com documentação necessária, estudo psicossocial do adotante e cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência, à Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira.

A Autoridade Central Estadual tem a faculdade de determinar complementos quanto ao estudo psicossocial realizado no exterior e formalmente apresentado.

O laudo de habilitação advindo do exterior, formalizado segundo as normas do país de origem, que deve ser compatível com o nosso ordenamento, terá validade máxima de um ano, podendo ser renovado.

O pedido de adoção deve ser formalizado perante o juízo da Infância e da Juventude, com a juntada dos documentos estrangeiros, autenticados pela autoridade consular, acompanhados de tradução juramentada.

Organismos credenciados poderão intermediar os pedidos de habilitação à adoção internacional, conforme art. 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o trânsito em julgado da sentença de adoção, o adotado poderá deixar o país, de modo que os documentos necessários para tanto serão providenciados mediante a expedição de alvará com autorização de viagem. Antes da sua consumação, a saída do menor do território nacional não será permitida.

A Autoridade Central Federal Brasileira poderá solicitar, a qualquer tempo, informações sobre a criança ou o adolescente adotado.

O estágio de convivência, que deverá ser cumprido no território brasileiro, por no mínimo 30 (trinta) dias ¹²², é requisito para a adoção.

As palavras de Ulisses Fialho Simas ¹²³ podem ser usadas para concluir a abordagem da adoção:

Enfim, podemos afirmar com segurança que a Adoção assumiu um novo perfil neste final de século: enquanto, tradicionalmente, buscávamos uma criança para uma família, hoje, certamente, busca-se uma família para uma criança.

3.7 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

Para tratar do assunto suspensão, perda e extinção do poder familiar, impende definir o que vem a ser esse poder familiar e, para tanto, neste estudo, amparar-se-á a abordagem no conceito exposto por Maria Helena Diniz ¹²⁴:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Há igualdade de condições no exercício do poder familiar e, existindo divergência quanto a tal atuação, o Judiciário poderá ser provocado. Na falta de um dos genitores, o outro exercerá com exclusividade o ofício.

Frise-se que esse exercício deve ocorrer em prol do menor e não para satisfazer caprichos dos genitores. A fiscalização quanto ao seu exercício é concretizada nos termos da proteção integral do menor.

O poder familiar constitui um *munus* público e decorre da necessidade que todo ser humano tem de ser acolhido e educado por quem destine recursos materiais, intelectuais e afetivos, com o fito de torná-lo um adulto apto ao convívio social, não apenas para usufruir ao máximo o que a sociedade tem a lhe oferecer, como também não ser uma ameaça e destruição para a coletividade.

Corroborando com o exposto, expressa o parágrafo único do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

O poder familiar é um encargo incompatível com a tutela, sendo, também, irrenunciável, inalienável, indisponível e imprescritível.

O conteúdo do poder familiar abrange direitos e deveres dos pais quanto à pessoa e aos bens dos filhos menores.

Quanto à pessoa dos filhos menores, o art. 1.634 do Código Civil expressa o que compete aos pais. Neste sentido, cabe-lhes dirigir a criação e educação, o que envolve provê-los materialmente segundo a condição econômica e social usufruída, devendo, no mesmo sentido, dirigir-lhes moral e psicologicamente, respeitando os direitos da personalidade.

O descumprimento dessa diretriz poderá acarretar sanções civis, como a própria perda do poder familiar, e sanções criminais, em termos dos arts. 244 e 246 do Código Penal.

Compete aos pais, ainda, exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 do Código

Civil 125, o que faz com que fixem a residência e o domicílio dos filhos, dirijam suas companhias, regrando os lugares que podem e devem frequentar.

Cabe também aos pais conceder ou negar consentimento para que venham a se casar, viajar ao exterior e, até mesmo, mudar a residência permanente para outro Município, não obstante o Judiciário possa suprir tais ações, desde que provocado para tanto.

Compete aos genitores, nos termos da lei, nomear aos filhos tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro genitor não sobreviver ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. A premissa decorre do entendimento de que ninguém é melhor que os pais para saber quem deve assumir o encargo de cuidar da pessoa e do patrimônio dos filhos menores diante da própria ausência, ou da ausência do outro genitor.

Compete aos pais representar seus filhos, judicial e extrajudicialmente, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, bem como reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

Os pais ainda podem exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Neste sentido, é vedado o trabalho fora do lar para os menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos. Nesta seara, também é vedado o trabalho noturno para os menores de 18 (dezoito) anos. A atividade desenvolvida por estes não deve comprometer o desenvolvimento físico, mental, moral e, tampouco, comprometer a escolaridade.

Sob o aspecto patrimonial, cabe aos genitores, nos termos do art. 1.689 do Código Civil, a administração e usufruto dos seus bens.

Quanto à administração, os pais têm a incumbência de praticar atos em sentido *lato* relativos à conservação do patrimônio, sendo vedado, salvo com autorização judicial, hipotecar, alienar, bem como gravar os bens imóveis destes, posto que tal proceder conduz à diminuição do patrimônio, o que enseja pedido judicial fundamentado.

Os pais não têm direito a remuneração pela administração do patrimônio dos filhos que realizam, sendo que se os interesses destes colidirem com os seus haverá a nomeação de curador especial, seja diante do requerimento formalizado pelo filho, ou pela manifestação do representante do Ministério Público.

A atuação do curador especial será voltada a evitar que danos patrimoniais sejam causados ao filho diante da colidência de interesses.

Nesta seara, diante da prática de atos danosos à criança e ao adolescente, a nulidade dos atos praticados poderá ser decretada.

Embora, como já mencionado, os pais não tenham direito a uma remuneração pela administração que realizam, quanto ao patrimônio dos seus filhos menores, têm a faculdade de usufruir dos bens deles, não tendo a obrigação de prestar contas, salvo diante de determinação judicial.

Excepcionalmente, há situações que impedem os genitores de usufruir do patrimônio dos menores. Assim, os bens destinados ao menor por cláusula em escritura de doação ou testamento podem ser excluídos expressamente do usufruto dos pais, ou pode ser estabelecido um destino específico dos seus frutos, como à educação, à saúde, ao lazer ou a outro fim que inviabilize a utilização pelos pais dos recursos advindos.

Sob tal esfera, o art. 1.693 do Código Civil [126](#) expõe que há bens que são excluídos do usufruto e da administração dos pais, devendo ser nomeado um curador especial para suprir tal ausência.

Sendo o poder familiar um *munus* público, o Estado está autorizado a firmar hipóteses que autorizem a privação temporária dos genitores quanto ao exercício. A referida interrupção do poder familiar depende de decisão judicial.

As hipóteses que autorizam a suspensão do poder familiar estão firmadas na lei e indicam a incompatibilidade entre o comportamento dos genitores e o interesse do filho.

Neste sentido, a privação pode se referir a todos os poderes ou apenas a uma parte destes. A suspensão ainda pode atingir toda a prole ou uma parte dela.

As causas que possibilitam o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse de postular a suspensão do poder familiar, nos termos do art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente [127](#), estão abarcadas abstratamente no art. 1.637 do Código Civil [128](#).

Em que pese o aduzido, concordamos com Roberto João Elias quanto à possibilidade de o procedimento de suspensão, ou mesmo de perda do poder familiar, se iniciar por ato de ofício. Neste sentido, seguem as palavras do doutrinador, em comentário ao art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente [129](#):

Embora o texto dê a impressão de que o procedimento para a perda ou a suspensão não possa ter início de ofício, a verdade é que o Juiz da Infância e da Juventude, ante a notícia de que há pais que não estão cumprindo seus deveres, deverá obrigatoriamente tomar alguma providência.

Destarte, nada o impede de, logo que receber a notícia, se for verbal, tomá-la por termo, e, em seguida, dar vista ao Promotor de Justiça, para que este, se for o caso, ingresse com o pedido de inibição do poder familiar.

Quanto às causas de suspensão:

Também a Lei n. 8.069/90, arts. 24 e 129, X, estatui que a autoridade judiciária poderá decretar a suspensão do poder familiar do pai ou mãe que der causa a situação irregular do menor. Suspende-se, igualmente, o exercício do poder familiar, se o pai ou a mãe sofrer *condenação por sentença irrecorrível*, por ter cometido crime cuja pena (reclusão ou detenção) exceda a 2 anos de prisão (CC, art. 1.637, parágrafo único). E, pela Lei n. 12.318/2010 (art. 6º, VIII), a caracterização de ato típico de alienação parental (art. 2º, parágrafo único, I a VII) ou de qualquer conduta que dificulte a convivência da prole com o genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso, declarar a suspensão da autoridade parental [130](#).

Com a demonstração da gravidade dos castigos imoderados ou das instigações à prática de atos contrários à lei ou à moral, admite-se a suspensão provisória do poder familiar, desde que ouvido o representante do Ministério Público. A referida suspensão poderá ser mantida até o julgamento definitivo do mérito da causa, utilizando-se de tutela provisória

de urgência.

Registre-se que a tutela provisória de urgência, acima exposta, que objetiva a proteção da criança e do adolescente, poderá ser requerida mediante tutela satisfativa, ou mesmo cautelar, conforme a circunstância extraprocessual ou endoprocessual apontada, com fulcro, evidentemente, no art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente 131.

No período da referida suspensão provisória, a criança ou o adolescente ficará sob os cuidados exclusivos do outro genitor. Caso este tenha falecido, seja incapaz, ausente, esteja suspenso do poder familiar ou tenha perdido o seu exercício, os cuidados estarão com autoridade administrativa competente ou com pessoa idônea, que assinará termo de responsabilidade 132.

A suspensão do poder familiar, que pode ser por tempo determinado ou indeterminado, conforme a causa, não exonera o genitor de sua obrigação alimentar, não inibe a prole dos direitos sucessórios, diante de eventual falecimento ou declaração de ausência daquele 133.

O art. 1.638 do Código Civil 134 prevê hipóteses mais gravosas de comportamento dos genitores quanto à prole que, se provados, dão causa à destituição do poder familiar.

O artigo 22 do ECA também elenca como causa de destituição o fato de o genitor descumprir as determinações judiciais. Mas, para a mesma hipótese, também se refere à suspensão. Tudo dependerá da gravidade do fato 135.

A destituição é uma sanção mais penosa do que a suspensão, que decorre de sentença proferida nos autos de um processo contencioso.

Essa demanda deve ser proposta pelo outro companheiro, “pelo outro cônjuge; por um parente do menor; por ele mesmo, se púbere; pela pessoa a quem se confiou sua guarda ou pelo Ministério Público” 136, além, é claro, como já exposto preteritamente, por ato de ofício do magistrado.

A perda do poder familiar, em regra, é permanente (CC, art. 1.635, V), embora o seu exercício possa ser, excepcionalmente, restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso 137.

Preenchidas as hipóteses legais, a perda do poder familiar é dever do magistrado que, em razão da gravidade, atinge toda a prole, bem como todas as prerrogativas, e “só se perfaz com o trânsito em julgado da sentença” 138.

Quanto ao procedimento da suspensão e da perda do poder familiar, disciplinados pelos arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, destaque-se que a competência está na vara especializada da infância e da juventude, diante da redação do art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente 139.

O referido procedimento dependerá de provocação do Ministério Público, de quem tenha legítimo interesse, ou mesmo de ato de ofício do magistrado, nos termos da interpretação extensiva do disposto no art. 155 do mesmo diploma legal, conforme acima explanado.

A estrutura da petição inicial está prevista no art. 156 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser aplicados, subsidiariamente, os arts. 319 a 331 do Código de Processo Civil.

Estando em termos a petição, o juiz de direito determinará a citação do réu (ou réus) 140 para que, no prazo de 10 (dez) dias, seja oferecida resposta, que deverá ser acompanhada do rol de testemunhas.

Para tal ato admite-se a nomeação de advogado dativo, desde que o integrante do polo passivo compareça ao cartório e declare a impossibilidade de constituir advogado, sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

Sobre o oferecimento de resposta, o dativo deverá considerar a data da intimação do despacho de sua nomeação.

Poderão ser requisitados de repartições públicas, de ofício, por provocação do Ministério Público ou das partes, eventuais documentos que sejam relevantes para a causa.

Com a finalidade de alcançar a maior presteza na prestação jurisdicional, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece ainda a possibilidade da realização de estudo social e psicológico, bem como a oitiva do menor.

“A intervenção de órgão federal responsável pela política indigenista é obrigatória se os pais do menor forem oriundos de comunidades indígenas” 141- 142 .

A criança ou o adolescente deverá ser ouvido, desde que possível e razoável, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida 143, se a modificação da guarda for, como consequência, objeto da causa.

Haverá abertura de vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, e designação de audiência, na qual haverá oitiva do parecer técnico, se este não tiver sido apresentado por escrito, podendo, ainda, ouvir os esclarecimentos técnicos, se o magistrado assim determinar, de ofício, por provocação das partes ou do próprio Ministério Público.

Neste ato, também poderão ser ouvidas as testemunhas, colhendo-se, ainda, os depoimentos pessoais.

Abriu-se-á, em audiência, prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), sucessivamente, para o requerente, o requerido e o Ministério Público.

Como ato subsequente, o magistrado deverá proferir sentença ou designar uma data para a leitura desta, dentro do prazo de 5 (cinco) dias.

Na hipótese de o pedido de suspensão ou de perda não ser contestado, o magistrado deverá abrir vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, caso não seja este o próprio requerente, sentenciando, como ato subsequente, em igual prazo.

Sobre o procedimento, destaca-se que o requerido citado que não oferece resposta não está sujeito aos efeitos da revelia, nos termos do art. 344 do Código de Processo Civil, diante do exposto no art. 345, II, pois, sendo vedada a renúncia ao poder familiar, depara-se com um direito indisponível 144.

O art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação determinada pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, firma que “o prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias”.

Em que pese a inserção de prazo máximo para realização do procedimento, inexistente previsão legal de sanção quanto

ao eventual descumprimento. Assim, na atualidade, mostra-se inócua tal inovação legislativa.

No contexto atual, tem-se a redação do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre procedimento, nos seguintes termos:

Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária, e pelo representante do Ministério Público, tornando-se por termo as declarações.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

§ 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

§ 7º A família substituta receberá a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço do Poder Judiciário, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

No registro de nascimento da criança e do adolescente deverá ser averbada a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar [145](#).

Distanciando-se da suspensão e da destituição do poder familiar, no art. 1.635 do Código Civil [146](#) observamos as causas de extinção deste poder, que, em princípio, não dependem de decisão judicial, mas decorrem da lei, não se relacionando com condutas incompatíveis com o bem-estar da criança e do adolescente.

Nesta seara, concordamos com as palavras de Flávio Augusto Monteiro de Barros [147](#):

O art. 1.635 [...] acrescenta que a destituição do poder familiar também é causa da sua extinção. Trata-se, [...], de inadequada inovação do Código, porque a extinção propriamente dita é sempre definitiva, ao passo que na destituição ainda é possível o restabelecimento do poder familiar.

3.8 Oitiva da criança e do adolescente

Tratando do tema “colocação em família substituta”, disciplinado pelos arts. 165 a 170 do Estatuto da Criança e do Adolescente, observado como medida de proteção à criança e ao adolescente, na qual são modalidades a guarda, a tutela e a adoção, verificam-se orientações quanto ao procedimento judicial a ser seguido. Nesse contexto, o art. 168 reza:

Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.

Nesta seara, segue a redação do art. 28, § 2º, do mesmo diploma legal:

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

[...]

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

Da redação legislativa verifica-se a importância do estudo quanto à oitiva da criança e do adolescente.

Assim, pergunta-se: Qual a função dessa oitiva? A oitiva deve ocorrer em audiência ou apenas por meio de profissionais, como assistentes sociais e psicólogos, caso não tenha atingido os 12 (doze) anos completos? A posição da criança e do adolescente, quanto à colocação em família substituta, condiciona a decisão do magistrado?

Tais perguntas, em princípio, não são expressamente respondidas pela legislação, de modo que o estudo do tema merece reflexões que transcendem a esfera jurídica, passando para uma abordagem psicossocial.

Acompanhando a linha do Estatuto da Criança e do Adolescente, que utiliza a idade para definir quem é criança e quem é adolescente, poder-se-ia expor que as crianças deveriam ser ouvidas sempre por assistente social e por psicólogo que, com técnicas profissionais, extrairiam os anseios do menor, informando nos autos a fala deles.

De fato, o profissional do direito, por si, desconhece técnicas que absorvam os reais sentimentos do menor, o que demonstra a necessidade de a oitiva concretizar-se por meios dos profissionais qualificados para tanto, especialmente dos que não atingiram os 12 (doze) anos.

Ocorre que a legislação não dispensou a apresentação de relatório social ou laudo pericial ao tratar do assunto oitiva do menor. Assim, o presente trabalho conclui que a referida oitiva do menor, que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá causa, deve ser realizada pelo magistrado.

Compreende-se como elogiável a postura legislativa, que acaba por se afastar dos rigores do procedimento e aproximar o magistrado do maior atingido pela demanda, ou seja, o menor.

Cada vez mais, tem-se tomado significativo pensar nos resultados práticos que as demandas judiciais dão causa. Assim, é salutar que o Estatuto da Criança e do Adolescente indique a oitiva do menor como procedimento a ser adotado sempre que possível.

Neste sentido, segue a redação do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990:

1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional 148 .

Nessa linha, o discernimento do menor e não propriamente a idade, secamente considerada, determinará a pertinência da fala em juízo.

Diante da velocidade com que as informações na atualidade circulam e chegam aos indivíduos (notadamente pelos avanços da tecnologia), o menor de hoje não é o menor de outros tempos.

A compreensão que as crianças e os adolescentes podem demonstrar da realidade, bem como a facilidade de exteriorizar sentimentos, não raro, surpreende-nos, não podendo ser desconsiderada.

Sobre a “colocação em família substituta”, o menor vem a ser o indivíduo notadamente mais atingido; assim, como não se admite palavra sem importância na lei, uma vez que o art. 168 expõe “sempre que possível”, o magistrado deverá apresentar fundamentação das razões que o levem a ouvir ou a não ouvir a criança e o adolescente [149](#).

Nessa esfera, o Ministério Público deverá estar atento à conduta e, entendendo pela inexistência de justificativa do magistrado, ou justificativa não plausível, deverá posicionar-se para que os interesses do incapaz não sejam violados.

Ora, se a lei expõe “sempre que possível”, o estudo da possibilidade deve existir e instruir os autos.

Corroborando-se com o exposto, aduz o § 1º do art. 28 desse diploma legal sob estudo:

Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

Nesta obra, compreende-se como integrantes da equipe interprofissional o psicólogo, o assistente social, o representante do Ministério Público e o juiz de direito.

A formação do representante do Ministério Público e do juiz de direito não inclui a capacitação técnica para a oitiva, mas isso não os exonera da habilidade e do bom senso, pois a sociedade está evoluindo no sentido de exigir desses profissionais a busca por tais conhecimentos.

O legislador acredita que o magistrado goza de melhores condições para definir o futuro da criança e do adolescente; sendo assim, a oitiva destes é meramente diretiva, podendo servir, inclusive, para a fundamentação das decisões judiciais.

Nesta seara, segue jurisprudência:

Apelação cível. Pedido de guarda pela mãe. Prova produzida. Decisão calcada, ademais, nas melhores condições para a criança. Recurso não provido. Havendo manifestação da criança quanto ao seu interesse de conviver sob o mesmo teto da mãe, aliada à prova produzida em instrução, impõe-se deferir a guarda em favor da genitora [150](#).

No mesmo sentido:

Filho menor. Guarda. Interesse do menor. Manifestação de vontade. A Guarda de filho menor deve ser definida sempre levando-se em conta o bem-estar do mesmo, devendo as razões de sua fixação ou alteração serem aquelas que se relacionam com o bem-estar da Criança, que deve prevalecer sob qualquer outro. Estando as menores em idade que viabilize razoável compreensão dos fatos, assistelhes o direito de serem ouvidas e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar [151](#).

De fato, não se pode negar que os menores são mais facilmente influenciados, inclusive pelas partes.

Explica Roberto João Elias 152 :

A criança e o adolescente, desde que possam se expressar, devem ser ouvidos. [...] Releva, sobretudo, observar que sua opinião será considerada. Com efeito, é de suma importância a ouvida do menor, e, em muitos casos, especialmente quando há mais de uma pessoa interessada em agregá-lo à sua família, sua manifestação ajudará, em muito, o Magistrado, na prolação da decisão final.

Conforme desenvolvido, a regra é a oitiva ser uma possibilidade, no entanto, em se tratando de adoção de adolescente, nos termos do § 2º do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é obrigatória a ouvida do menor.

Explica Roberto João Elias 153: “Trata-se de requisito essencial, que, em sua falta, torna a decisão anulável. Qualquer interessado e o Ministério Público poderão pleiteá-la”.

Segundo determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, na hipótese de modificação de guarda, a oitiva da criança e do adolescente também é obrigatória 154 .

Nos termos da redação do art. 168, “dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias”, assim, este poderá se manifestar quanto ao eventual desrespeito à lei e/ou ao interesse do menor.

Ora, a negativa do magistrado quanto à pretensão se exteriorizará por decisão interlocutória, comportando a interposição de agravo de instrumento, para que eventuais vícios e desrespeitos ao princípio da proteção integral do menor possam ser sanados.

3.9 Intervenção do Ministério Público nos procedimentos civis do Estatuto da Criança e do Adolescente

Entre as funções essenciais à justiça, encontra-se a atuação do Ministério Público, nos termos dos arts. 127 a 130 da Constituição Federal vigente.

O art. 127 da Lei Maior expressa o seu papel na estrutura processual nacional, conforme segue: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Sobre o assunto, impende destacar a sua independência funcional prevista na Lei Maior 155, sendo que o Ministério Público, conforme os arts. 177 e 178 do Código de Processo Civil, atua como parte ou como fiscal da lei 156.

Nos procedimentos disciplinados pela Lei n. 8.069/90 a participação do Ministério Público é acentuada pela redação do art. 201 desse mesmo diploma. Assim, Wilson Donizeti Liberati 157, abordando a atuação do Ministério Público, expressa:

Na justiça da infância e da juventude, o Ministério Público destaca-se na defesa dos direitos sociais da criança e do adolescente, principalmente na área específica dos interesses difusos e coletivos. Exerce funções de:

a) *Fiscal da lei (custos legis)* – o Ministério Público terá atribuições em todos os limites de prestação da tutela jurisdicional ou oriundas do Conselho Tutelar, quer na fiscalização de unidades de atendimento, quer na regularidade processual, quer na fiscalização sobre o Estado na gerência de política de atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, quer nas relações de trabalho dos menores de 14 anos etc. Exercerá a função de fiscal da lei em todos os processos, quando deverá ser intimado, pessoalmente, de qualquer despacho ou decisão proferida pela autoridade judiciária (ECA, art. 203).

[...]

b) *Parte (dominus litis)* – o Ministério Público oferecerá representação do ato infracional praticado pelo adolescente e, ao mesmo tempo, fiscalizará a prestação jurisdicional, no sentido de assegurar o efetivo respeito aos seus direitos constitucionais. Como parte, iniciará ação socioeducativa pública visando à aplicação de medida de socialização (medida socioeducativa – ECA, art. 112) do adolescente autor de ato infracional. Dará início à ação civil pública e inquérito civil, para a apuração de responsabilidade administrativa no descuido da proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente.

c) *Substituto processual* – na condição de substituto processual, atuará o Ministério Público nos procedimentos relativos ao pedido de emancipação, na falta dos pais (ECA, art. 148, parágrafo único, e), nas ações de alimentos (ECA, arts. 148, parágrafo único, g, 201, III, e Lei n. 5.478/1968), nas ações de suspensão ou destituição do poder familiar (ECA, art. 201, III).

Sem prejuízo das atribuições gerais, as atribuições específicas do Ministério Público, referentes à criança e ao adolescente, estão previstas no art. 201 do ECA[...] 158.

Comentando a atuação do Ministério Público, expõe Ulisses Fialho Simas 159:

O Ministério Público deve zelar pelos direitos da criança e do adolescente, sendo em linha geral um “anjo da guarda” desses cidadãos, sempre que estiverem em foco seus interesses dentro da Vara da Infância e da Juventude.

Sua função é variada dentro do processo civil, agindo ora de forma imparcial, como representante da lei, ora como parte, em defesa de interesses públicos.

Do exposto, segue precedente:

Processual civil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Família substituída. Adoção. Ministério Público. Intervenção obrigatória. Deve o Ministério Público intervir nas causas afetas à Vara da Infância e da Juventude (art. 201, III, do ECA), bem como naquelas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte [...]. Do mesmo modo, como fiscal da lei, o *parquet* deve ser intimado de todos os atos do processo, podendo, ainda, requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade [...]. 160.

Revela-se de extrema pertinência o comentário de Roberto João Elias sobre o art. 203 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que a intimação pessoal do Ministério Público 161 :

O Ministério Público ocupa um lugar de destaque, sendo, como bem preceitua a Constituição Federal, uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127). Assim sendo, as leis lhe concedem determinadas prerrogativas, a fim de que possa melhor cumprir a sua função. Uma delas é a intimação pessoal, ou seja, os autos serão levados ao Curador da Infância e da Juventude, em seu gabinete, para que este se manifeste. Não é, na verdade, uma regalia pessoal, porém em razão da função essencial que exerce.

Importa que, para fazer jus à importantíssima função, o membro do Ministério Público a exerça com probidade, dedicação e competência técnica, devendo estar preparado para isso.

Ademais, há de sempre respeitar os prazos, pois exige-se dele que seja o primeiro a agir de acordo com a legislação de que é fiscal.

Importante, além disso, de acordo com o art. 205, que suas manifestações sejam fundamentadas.

Como ensina Antonio Arnaldo Ferraz dal Pozo, sendo intimado pessoalmente, evita-se que o Curador desconheça a exigência de processo em que, obrigatoriamente, deveria intervir, sendo que este aspecto leva à obrigatoriedade da intimação pessoal (*Estatuto da Criança e do Adolescente*, Malheiros, p. 638).

As situações processuais em que a lei determina a atuação do Ministério Público não se limitam às demandas em curso nas varas da infância e da juventude, sendo que a sua ausência poderá dar causa à nulidade dos atos processuais praticados, desde o momento em que seria pertinente o seu ingresso.

Neste sentido, é a redação do art. 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A falta de intervenção do Ministério Público acarretará a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado”.

Assim,

[...] o Ministério Público jamais poderá se recusar a se manifestar nos casos em que é obrigatória a sua intervenção.

Se entender, por exemplo, que o caso não é de competência da Vara da Infância e da Juventude, deverá se manifestar, fundamentando o seu parecer.

Se não intervir, tal ausência acarretará a nulidade do feito. O Juiz, de ofício, deverá declará-la, se nenhuma das partes o fizer.

O próprio Curador da Infância e da Juventude, tão logo tenha conhecimento de algum feito na área, deverá se manifestar em atenção ao disposto neste artigo. Dependendo do momento processual, nada impede que tome ciência dos atos praticados e, se entender que nenhum prejuízo acarretou às partes, poderá ratificá-los, insistindo para que não se repita a desobediência ao referido preceito.

Se, tendo havido recurso, o feito subir à segunda instância sem que o Curador tenha se manifestado, o Procurador de Justiça que oferecer parecer deverá, a nosso ver, requerer que o julgamento seja convertido em diligência, para a devida regularização 162 .

Corroborando-se com a assertiva anterior, dispõe o art. 279, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil:

Art. 279. É nulo o processo, quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

§ 1º Se o processo tiver tramitado sem o conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

§ 2º A nulidade somente poderá ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

A manifestação do Ministério Público deve ser fundamentada, baseando-se nas provas dos autos e na legislação vigente.

Diligente será a manifestação do representante do Ministério Público que estiver fundamentada a partir de argumentos atualizados. Assim, o aprimoramento da capacitação técnica é relevante.

Sendo uma instituição, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, essencial à função jurisdicional, deverá o órgão do Ministério Público investir no aprimoramento profissional dos seus, incentivando que as manifestações agreguem conhecimento e não, simplesmente, mero cumprimento de determinação legal.

Digno de comentário que, se o Ministério Público não for chamado, mas a causa for julgada em favor do incapaz, pelo princípio da instrumentalidade das formas, que encontra amparo no princípio do aproveitamento dos atos processuais, não há que se falar na decretação da nulidade.

Assim, se a ausência de participação do representante do Ministério Público não causar dano ao incapaz, o desrespeito da forma, por si, não prejudica os atos processuais praticados.

3.10 Medidas de proteção à criança e ao adolescente previstas no Código de Processo Civil com aplicação subsidiária à Lei n. 8.069/90

Não eram poucas as medidas de proteção à criança e ao adolescente previstas no Código de Processo Civil de 1973.

No vigente Código de Processo Civil, há a disciplina das tutelas antecipatórias e cautelares, com previsões genéricas, fortalecendo o poder geral de cautela, em prejuízo das ações cautelares específicas (arts. 813 a 887 do CPC/73) e das medidas provisionais (art. 888 do CPC/73).

No diploma processual em vigor, há normativa abstrata, que amplia a discricionariedade do juízo na apreciação dos requisitos genéricos das tutelas provisórias, bem como do juízo de adequação, inclusive quanto aos meios coercitivos. Há a busca da maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional, exigindo, consequentemente, do magistrado, o estudo ainda mais minucioso dos casos concretos, em face das complexidades dos conflitos.

No Título III (Procedimentos Especiais) do Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença) da Parte Especial do atual Código de Processo Civil, o Capítulo X (Das Ações de Família) 163 apresenta normas pertinentes aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Essas disposições gerais não prejudicam os procedimentos disciplinados por legislações específicas, como, por exemplo, os procedimentos regulados pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), mas incentivam soluções consensuais de conflitos, na medida em que tratam da mediação e da conciliação,

e apontam pelo necessário atendimento multidisciplinar.

Ainda na seara das medidas protetivas, cumpre expor que o art. 72 do Código de Processo Civil, prevendo as hipóteses de nomeação de curador especial 164, traz a proteção da criança e do adolescente.

Segundo o artigo 4º, inciso XVI, da Lei Complementar n. 80/94, com redação atribuída pela Lei Complementar 132/09, cabe à Defensoria Pública exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei. Trata-se de um *munus* público, sob pena de responsabilidade funcional. Sendo a atuação restrita a demanda e temporária, posto que, sanada a razão que lhe deu causa, conforme indicação do artigo supratranscrito, dispensada será a atuação do profissional 165.

Quanto à curatela do incapaz, cabe expor que:

Se o incapaz não tiver um representante legal ou o interesse deste colidir com os seus, a lei determina a nomeação do curador especial. Esta nomeação é específica para o processo, podendo abranger, inclusive, os dois polos da relação jurídica processual. O curador agirá como representante ou assistente, conforme a incapacidade 166.

Esta nomeação não exonera a atuação do Ministério Público, nos termos do art. 178, II, do Código de Processo Civil.

A falta de nomeação poderá acarretar nulidade absoluta dos atos processuais, sendo que a própria parte e o representante do Ministério Público têm a obrigação de proceder ao alerta no momento que lhes couber falar aos autos.

Neste sentido, destaca-se:

Se o curador deveria ter atuado como representante legal, a ausência deste atinge a capacidade processual, que é pressuposto de validade do processo, acarretando a nulidade do processo. No entanto, se deveria ter atuado como defensor do réu, somente haverá nulidade caso a ausência tenha gerado prejuízo a este integrante do polo passivo, caso contrário, não se justificará decretar a nulidade 167.

3.11 Recursos no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente adotou o sistema recursal previsto no Código de Processo Civil, com algumas particularidades.

O legislador optou pela unificação do sistema recursal (civil e penal), adotando as regras processuais previstas no Código de Processo Civil, desde que não diverjam de regras específicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, em respeito ao princípio da especialidade. Nestes termos, há inaplicabilidade das regras recursais previstas no Código de Processo Penal sempre que a matéria em discussão num processo abarcar direito(s) da criança e do adolescente.

Em face da adoção do sistema recursal do CPC, admite-se a utilização de todas as espécies recursais expressamente previstas no art. 994 deste diploma legislativo (princípio da taxatividade), bem como a forma adesiva (art. 997 do CPC).

Conforme o art. 198, *caput*, do ECA, adota-se o sistema recursal do CPC, e eventuais alterações que tal diploma venha a sofrer, aos recursos que norteiem direito(s) da infância e da juventude, respeitadas as especificidades do ECA,

como ocorre com os prazos recursais nele previstos, que deverão ser respeitados na hipótese de a matéria em discussão num processo se relacionar com direito(s) da criança e do adolescente, ainda que a demanda em curso tramite em vara diversa à vara da infância e da juventude [168](#).

Quanto aos prazos diferenciados que a Lei n. 8.069/90 apresenta, exceto o pertinente aos embargos de declaração, a justificativa está na celeridade que tal lei federal busca priorizar, com vistas à efetiva atuação em prol da doutrina da proteção integral.

Na Justiça da Infância e da Juventude, não há pagamento de custas e emolumentos, exceto diante de litigância de má-fé; assim, inexistirá também o preparo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê juízo de retratação, tanto para as sentenças quanto para as decisões interlocutórias proferidas.

A retratação das decisões interlocutórias e a retratação das sentenças proferidas estão condicionadas à apresentação de fundamentação.

Tais recursos terão preferência no julgamento com o fito de concretizar os princípios constitucionais e infraconstitucionais já estudados que norteiam a proteção ao menor.

Em caso de apelação, deverá ser interposta no prazo de 10 (dez) dias, sendo admitido, inclusive para as decisões proferidas com base no art. 149 do Estatuto, ou seja, mediante alvarás [169](#). Assim, se o Curador da Infância e da Juventude entender que o deferimento prejudica a criança ou adolescente, pode recorrer, e, nos mesmos termos, o requerente poderá interpor apelação se entender inadequado o indeferimento.

As medidas deverão ser fundamentadas, posto que a sua inexistência dificultará a interposição do competente recurso.

Frise-se que, diante da interposição recursal já mencionada, o magistrado poderá se retratar.

O recurso apelação, nos termos da alteração legislativa do Estatuto, tem apenas efeito devolutivo, salvo na hipótese de adoção intencional, ou de adoção com perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando, em que se terá o efeito devolutivo e o efeito suspensivo.

Os recursos dos procedimentos de adoção e de destituição do poder familiar terão distribuição imediata e serão processados com prioridade absoluta, sendo colocados em mesa para julgamento, pelo relator, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da sua conclusão, sem revisão e com parecer urgente do Ministério Público, que poderá, inclusive, apresentá-lo, oralmente, na sessão, de cujo julgamento será intimado da data.

A Lei n. 12.010/2009 inovou ao prever o dever de o Ministério Público zelar pelo cumprimento das providências e dos prazos constantes nos dispositivos já expostos, permitindo, inclusive, a instauração de procedimento para apuração de responsabilidades.

Quanto aos recursos, observa-se, nos termos da legislação vigente, tratamento diferenciado às crianças e aos

adolescentes, tomando o ordenamento jurídico harmônico, efetivando-se princípios constitucionais.

4 Os poderes do juiz da infância no curso do processo

4.1 A atuação do juiz

A jurisdição evidencia a soberania do Estado, sendo observada como a capacidade que este tem de não apenas declarar a norma que se aplica ao caso concreto, como, também, de forçar seu cumprimento.

O Estado necessita de pessoas físicas que possam materializar tal comportamento. Neste sentido, certas pessoas físicas são investidas de jurisdição, passando a merecer a denominação “juízes de direito”, o que lhes permite, nos termos da lei, apreciar os conflitos de interesses e, de modo impessoal, imparcial e imperativo, respeitando o ordenamento jurídico, decidir.

A atividade jurisdicional é exercida pelos juízes, utilizando um instrumento que recebe o nome de processo.

O juiz de direito é o diretor do processo, ou seja, tem a função de conduzir a sequência de atos processuais para que a pretensão que justifica a atuação do Judiciário encontre uma resposta; assim, o magistrado não é livre para ditar a sequência dos atos processuais, pois deve respeitar as leis processuais, o que o torna um executor, um cumpridor fiel do diploma processual vigente.

Neste sentido, o Código de Processo Civil, nos arts. 144 e 145, informa hipóteses em que a imparcialidade se mostra violada. Indica situações de impedimento e de suspeição do magistrado. Tal Código expressa que a peça processual denominada *exceção*, nesses casos, deverá ser oposta para que a atuação jurisdicional seja imaculada.

4.2 Os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz segundo o Código de Processo Civil

Os arts. 139 a 143 do Código de Processo Civil disciplinam os poderes, os deveres e a responsabilidade do magistrado.

Na redação do art. 139 encontram-se tais instrumentos de trabalho [170](#).

O Código de Processo Civil, agindo em consonância com a Constituição Federal, expõe ser dever do magistrado proporcionar um tratamento isonômico para as partes.

Outros dispositivos desse Código concretizam essa regra abstrata, como, por exemplo, a disciplina dos prazos e da abertura de vistas.

Ressalte-se que a absoluta igualdade não é protegida pela legislação brasileira, mas a igualdade real e proporcional, de modo que o princípio envolve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, para que supridas as diferenças se alcance a verdadeira igualdade.

O legislador, no diploma sob estudo, ainda se preocupou com a celeridade processual, novamente conduzindo para uma relação harmônica existente com a Lei Maior do país.

É dever do juiz, como diretor do processo, observar se seus auxiliares estão cumprindo os prazos processuais, pois a pretensão pleiteada não pode chegar tardiamente ao postulante, sob pena de a atividade jurisdicional se afastar dos seus objetivos, a saber, a pacificação social.

O inciso III do art. 139 do Código de Processo Civil eleva a preocupação que o Estado deve ter com a dignidade da Justiça, atribuindo ao magistrado o dever de prevenir ou reprimir atos que não sejam compatíveis com esse fim. Assim as práticas desleais das partes devem ser prevenidas e combatidas.

O poder de polícia do magistrado assume um papel especial por demonstrar eficácia quanto à efetivação desse dispositivo. O dever de urbanidade é colocado para os sujeitos do processo.

O artigo ainda se preocupou com a composição, reservando o inciso V ao dever do juiz de buscar a qualquer tempo a conciliação das partes.

Alterações no texto legislativo processual ora abordado foram feitas com a finalidade de a composição dos litigantes ser buscada mais intensamente.

No presente, o incentivo a tal comportamento tem sido uma das saídas para a diminuição de demandas que assolam o Judiciário e, como consequência, aumenta a celeridade na prestação jurisdicional.

Como se o exposto não bastasse, os envolvidos no litígio majoram seu grau de satisfação pela atividade estatal na medida em que, por intermédio de um juiz regularmente investido no cargo, a decisão não é imposta, mas identificada pelos próprios litigantes como a adequada para a resolução [171](#).

O art. 140 do Código de Processo Civil [172](#) ressalta o dever do magistrado de responder à pretensão, ainda que inexistam regras materiais sobre o tema.

Quanto ao recurso, diante da ausência de normas legais, o vigente Código Processual, acompanhando o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, indica o caminho que o magistrado deve percorrer; assim, deverá fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

No que tange aos fatos que são apresentados nos autos, mas não são, por vezes, provados, o magistrado tem o dever de aplicar a regra do art. 373 do Código de Processo Civil [173](#).

Esta disposição legal apresenta regras de julgamento que devem ser aplicadas quando se esgotarem, sem sucesso, as possibilidades de apurar a verdade [174](#).

Sabendo o magistrado que julgar é sua função, deverá sempre buscar uma decisão justa, ciente de que o rigor da lei, não raro, se afasta da sensatez e conduz ao descrédito do Poder Judiciário.

É fato que o juiz de direito, como regra, só age quando provocado e na medida dessa provocação, pois atuação diversa fomentaria conflitos, em vez de dirimir os que batem às suas portas [175](#).

O dispositivo encontra harmonia com o princípio da inércia, bem como com a regra de ser vedado o julgamento *extra* ou *ultra petita*.

Com o fito de alcançar prestação da atividade jurisdicional, dispõe o art. 370 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Acompanhando tal construção, quanto aos deveres do magistrado, o vigente diploma processual, em seu art. 371, expõe: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Esse dispositivo encontra amparo no princípio da persuasão racional do juiz,

[...] pelo qual deve haver uma coerência entre os elementos dos autos e a decisão judicial. O juiz não pode julgar com base em conhecimento pessoal que possa ter dos fatos, nem decidir pelo que ouviu falar, ou com fulcro na ciência privada que tenha fatos relevantes à decisão, ficando ressalvados, à evidência, os fatos notórios e as máximas de experiência 176.

Diante de dolo ou fraude que acarretem dano à parte, o Estado e/ou o próprio juiz poderão ser acionados para a efetiva reparação, em termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, estando o Código de Processo Civil em harmonia com esta exposição, conforme o art. 143 deste diploma legal 177.

Neste sentido, explica Marcus Vinicius Rios Gonçalves 178:

Para que haja dolo, é preciso que o juiz tenha violado, conscientemente, um dever de ofício, e para que exista fraude, é necessário que tenha agido com a intenção de enganar ou ludibriar. Caso ele esteja conluído com uma das partes, esta também responderá, solidariamente, pelos danos ocasionados.

Nos termos do Código de Processo Civil, enquanto a responsabilidade do Estado é objetiva, a responsabilidade do juiz somente ocorrerá se comprovado o dolo ou a fraude.

Quanto à responsabilidade fulcrada no inciso II do art. 143 do referido diploma legal, há o condicionamento à intimação e à comprovação de dano causado pela omissão do magistrado após tal ciência.

Neste sentido, explica Cassio Scarpinella Bueno 179:

O art. 49 da Lei Complementar 35/1979 [...] disciplina o tema relativo à responsabilidade civil do magistrado. De acordo com o dispositivo, o magistrado responderá por perdas e danos quando atuar com dolo ou fraude no exercício de suas funções ou quando recusar, omitir, retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes. A regra deve ser lida em conjunto com o disposto no art. 133 do Código de Processo Civil [...].

Para construção do “modelo constitucional do direito processual civil” importa destacar, a propósito da informação do parágrafo anterior, que o inciso LXXV do art. 5º garante que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Se, é certo, a segunda figura referida pelo dispositivo diz respeito ao direito processual penal, a primeira, o “erro judiciário”, é ampla o suficiente para albergar também hipóteses que dizem respeito ao direito processual civil.

As doutrinas do direito constitucional e administrativo são uníssonas no reconhecimento de que a responsabilidade de um Estado como o Brasileiro – um Estado Democrático de Direito – deriva do princípio maior de sua necessária submissão à ordem jurídica. Mesmo assim, contudo, e para ser enfático, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal reconhece o dever de o Estado reparar os danos causados por

seus agentes mesmo naqueles casos em que não haja dolo ou culpa. A responsabilidade do Estado, isto é absolutamente assente entre nós, é “objetiva”. Basta que haja dano e nexa causal entre uma ação ou *omissão* de um agente do Estado para que o dever de indenizar seja exigido, indiferente à ocorrência de qualquer intenção ou ânimo de causar o dano por parte do agente. Nos casos em que o agente agir (ou omitir-se) com base em tais elementos, é o mesmo art. 37, § 6º, quem prevê, haverá possibilidade de o próprio Estado reaver o que pagou ao particular do causador do ano. No plano infraconstitucional, a mesma diretriz é agasalhada expressamente (nem poderia ser diferente) no art. 43 do Código Civil.

É como decorrência da responsabilidade do Estado também nos casos de *omissão* que [...] não há espaço para negar que da morosidade da Justiça, do deficiente, tardio ou *ineficiente* funcionamento da máquina judiciária possa decorrer, consoante o caso, o *dever* de o Estado (e, se for o caso, o próprio juiz e seus auxiliares) ser responsabilizado por danos daí derivados.

Acompanhando os ensinamentos do referido doutrinador, esta obra compartilha da sua conclusão sobre o assunto 180 :

Unindo-se as duas previsões constitucionais, forte na percepção de que a indenização pelo “erro judiciário” é novidade trazida, ao ordenamento jurídico nacional, pela Constituição Federal de 1988, a melhor interpretação é aquela que admite a responsabilidade do Estado, mesmo nos casos em que não haja responsabilidade *subjetiva* do magistrado, isto é, nas hipóteses em que o dano não deriva de um comportamento doloso ou culposo dele (ou de uma omissão sua com as mesmas características). O “erro judiciário” deve ser entendido amplamente, como qualquer ato do juiz, que, reconhecido como *objetivamente* contrário ao que decorre dos autos e do direito aplicável à espécie concreta, no próprio ambiente judiciário – ou, até mesmo, em ambiente diverso, como aquele criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, perante o Conselho Nacional de Justiça –, tenha efetivamente causado dano a alguém. Havendo comprovação do “nexa causal”, isto é, que o dano adveio do ato do juiz, o dever de indenizar, pelo Estado, é constitucionalmente exigido.

A jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, é bem reticente quanto ao acolhimento deste entendimento. Ele, contudo, é o mais correto. Não só porque deriva do modelo de Estado constitucional brasileiro mas, não fosse isto suficiente, porque o art. 5º, inciso LXXV, é inequívoco quanto aos casos em que o *Estado* responde pelo ato de um de seus agentes, o juiz, independentemente de sua atuação dolosa ou culposa. Nos casos em que se fizerem presentes estes elementos subjetivos, à luz das normas infraconstitucionais precitadas, [...] não há como recusar também a responsabilidade do próprio juiz.

Do aduzido, cumpre enfatizar que esses poderes, deveres, bem como responsabilidades do juiz, previstas no Código de Processo Civil, têm aplicação subsidiária, em se tratando de processos que seguem o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.3 Os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente

O magistrado, na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ter conhecimento amplo e aprofundado do Direito 181, uma vez que as diretrizes normativas desse diploma, por si, não são suficientes para expressar tudo que o Estado pretende oferecer para esses incapazes. Assim, o magistrado deve conhecer com argúcia a proteção, constitucional e infraconstitucional, desses sujeitos do direito, ainda que não exposta na Lei n. 8.069/90.

O contexto histórico, a base constitucional e os anseios da sociedade exigem do magistrado da vara da infância e da juventude mais do que a aplicação da norma fria ao caso concreto.

O futuro da sociedade está no jovem que, por diferentes razões, necessita da atuação do Judiciário para a proteção de

direitos violados ou em vias de violação. Assim, a sensibilidade do julgador e a correta compreensão do sistema legal vigente passam a ser exigidas na atuação profissional [182](#).

Com atuação harmônica, destaca-se o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

As legislações indicadas não estão propondo uma atuação arbitrária do magistrado e, tampouco, indicando sua participação no processo, com desrespeito a princípios processuais constitucionais [183](#), mas sim um conhecimento que ultrapassa o campo jurídico e atinge a psicologia, bem como a sociologia.

Comentando o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui Wilson Donizeti Liberati [184](#):

[...] na interpretação do texto legal, o que se deve observar é a proteção dos interesses da criança e do adolescente, que deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ainda neste sentido, segue a contribuição de Roberto João Elias [185](#):

Há de se ter em consideração que a criança e o adolescente são sujeitos especiais de direitos e, destarte, todas as decisões devem direcionar-se à sua proteção integral. Os direitos dos pais, do tutor ou do guardião devem vir em segundo lugar.

Enfim, deve-se observar o melhor interesse do menor, em cada ocasião, embora não se deva julgar *contra legem*.

In casu, Valter Kenji Ishida [186](#) dispõe:

O artigo em tela menciona a forma como se deve interpretar o Estatuto. [...] Entendemos que a “condição peculiar da criança e do adolescente” deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e da Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais adequadas à proteção da criança e do adolescente.

Neste sentido, façamos uso das sábias palavras de Naiara Brancher [187](#) e compreendamos a esperada atuação do magistrado, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

[...] percebe-se que o juiz da área da Infância e da Juventude deve ser socialmente comprometido com a luta de crianças e adolescentes que têm seus direitos violados ou ameaçados por descaso do Poder Judiciário e da sociedade.

A atuação do juiz na comunidade pode vir a constituir ferramenta de grande importância para a implementação das políticas sociais de proteção à infância, bem como para a implantação dos programas socioeducativos, de apoio sociofamiliar, de colocação em família substituta, entre outros. O magistrado deve colocar à disposição da sociedade seu conhecimento técnico-jurídico, com a finalidade de colaborar na busca de soluções às deficiências existentes no atendimento a crianças e adolescentes e, acima de tudo, utilizar-se do respeito que desfruta na comunidade para incutir, tanto na sociedade quanto no Poder Público, as disposições da Doutrina da Proteção Integral. Essa atividade é eminentemente política, podendo inclusive prevenir litígios.

Pode-se concluir que os poderes, os deveres e as responsabilidades dos juizes, que o Código de Processo Civil apresenta expressamente nos arts. 139 a 143, atingem, com maior veemência, os magistrados investidos nas varas da infância e da juventude, pois são exigidos destes o conhecimento histórico, cultural, psicológico e sociológico na correta aplicação da norma ao caso concreto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta procedimentos próprios para a proteção integral, não observados

em outros diplomas, o que exige maior cautela do magistrado quanto à responsabilidade indicada no art. 143 do Código de Processo Civil.

Corroborando-se com o exposto, segue decisão da Ministra Relatora Cármen Lúcia 188:

[...] É competência do Poder Judiciário – vale dizer, dever que lhe cumpre honrar – julgar as causas que lhe sejam submetidas e determinar as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais. É a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “O juiz tradicional era um escravo do direito posto nos textos. (...) O juiz tradicional poderia até lamentar as injustiças da lei material; mas *legem habemus*, e nada havia a ser feito para obter um resultado mais justo nos julgamentos. (...) O juiz tradicional era iludido pelo dogma do neutralismo, crente de que a imparcialidade ficaria turvada se ele viesse aos casos imbuído de ideologias e desviasse o processo da sua sina atávica de ser mero instrumento técnico a serviço do Direito material. (...) A missão do juiz – ensinaram-nos – principia onde a do legislador terminou. A jurisdição é somente a *longa manus* da lei. (...) o juiz contemporâneo vai-se afastando dos modelos tradicionais. O dogma da separação dos chamados Poderes do Estado não é empecilho à participação dos juizes na formação das leis sobre as quais serão depois chamadas a julgar, nem daquelas que disciplinarão a sua conduta no exercício do poder estatal em sede jurisdicional (normas processuais). O juiz moderno sente que, antes de juiz, é cidadão; e que, como cidadão, a primeira das prerrogativas que a Democracia lhe oferece é a de participar nas decisões do Estado, inclusive quanto à elaboração das leis. (...) Quando conduz um processo e quando julga uma causa, o juiz há de ter presente, em primeiro lugar, o seu grande poder e as largas possibilidades que o sistema lhe dá de interpretar o caso, a prova e os textos segundo a ótica do tempo presente (...). O juiz é um homem do seu tempo e da sociedade em que vive, e dele é esperada a flexibilização das normas, a sua humanização. Ele é, afinal de contas, um legítimo canal de comunicação entre o mundo axiológico da sociedade em que é chamado a julgar” (O poder judiciário e o meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, v. 631, ano 77, maio/1988, p. 24-28). [...] Ao argumento de imiscuir-se na autonomia do ente público, o magistrado não pode renunciar ao seu dever constitucional de assegurar a efetividade da lei, para garantir a proteção que a infância e a juventude requerem, sob pena de se omitir sobre direito ao qual a Constituição da República garantiu “absoluta prioridade” [...].

Será oportunamente destacada a flexibilização do procedimento, especialmente diante da aplicação do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando de ser o juiz um mero cumpridor de ritos processuais impostos pela lei.

Os magistrados, investidos nessa jurisdição, como conhecedores da realidade dos sujeitos de direitos que tal diploma pretende proteger, ditam, em certas hipóteses, os atos processuais que se mostrarem mais adequados.

Essa flexibilidade eleva a responsabilidade dos magistrados, exigindo que não vivam o processo como sequência fria de atos processuais, mas conduzam o processo, com atos que personalizem as necessidades que cada provocação do Judiciário exigir.

5 A flexibilização procedimental do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente

5.1 Atuação *ex officio*

A Lei n. 8.069/90 flexibilizou o procedimento ao permitir, nos termos do seu art. 153, parágrafo único, a atuação *ex officio* do juiz, sempre diante da oitiva do Ministério Público.

Sobre a expressão latina *ex officio*, explica Cândido Rangel Dinamarco: “Essa locução designa os atos que o juiz realiza espontaneamente, por força de seu próprio ofício judicial, sem pedido ou qualquer provocação das partes” 189.

O mesmo autor, a respeito da expressão “de ofício”, tradução literal da expressão latina mencionada, expressa:

Decidir ou determinar providências de ofício é fazê-lo espontaneamente, ou seja, independentemente de provocação de parte. Essa locução, que é tradução literal da latina *ex officio*, expressa a ideia de que certas atividades são inerentes ao *ofício* do juiz, ou seja, à sua função no processo, ou mesmo à sua profissão [...] 190.

A respeito da atuação *ex officio*, dispõe o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança e do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.

As “providências necessárias” do dispositivo acima mencionado pretendem tutelar os interesses da criança e do adolescente.

Assim, não se trata de uma autorização à arbitrariedade, mas à efetivação e preservação dos direitos desses sujeitos que, não raro, necessitam de celeridade processual.

Nessa esfera de raciocínio, o legislador identificou a necessidade de o magistrado ter um conhecimento técnico superior às regras frias legais.

O juiz, investido de jurisdição no âmbito da proteção da criança e do adolescente, deve estar atento à efetiva concretização da doutrina da proteção integral. O “melhor interesse da criança e do adolescente” necessita estar em evidência, como fundamento do procedimento a ser ditado.

Causaria constrangimento ao Poder Judiciário a observância de procedimento ditado *ex officio* em prejuízo desses sujeitos de direito. Nesta área do conhecimento jurídico, a sensibilidade do aplicador da norma assume especial significado.

No mesmo sentido, o representante do Ministério Público tem um papel relevante, pois ao se manifestar, conhecendo essa abertura para a flexibilização que o Estatuto rege, deve indicar sempre uma sequência de atos processuais e conteúdos decisórios em prol desses incapazes 191.

O art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata do procedimento e dos poderes do juiz.

O juiz pode, a depender da medida a ser adotada, conforme se explanará, indicar o procedimento que entender mais adequado, desde que respeite os direitos e as garantias constitucionais e infraconstitucionais que as pessoas gozam, notadamente nessa fase de desenvolvimento em que se encontram. Assim, caberá ao magistrado, nos limites da lei, a eleição do procedimento mais apropriado, considerando a realidade apresentada.

Expõe Roberto João Elias 192:

A faculdade concedida, entretanto, deve sempre ser utilizada em favor da criança e do adolescente, não podendo, de forma alguma, se transformar em atitude arbitrária, que contrarie a finalidade primordial da lei, que é a proteção integral do menor. É na busca de tal desiderato que se permite a utilização de meios não considerados na legislação. Tais meios, entretanto, devem se harmonizar completamente com os princípios que regem a matéria, devendo-se sempre recordar que o menor é sujeito e não objeto de direitos.

Não se trata de novidade no que tange à proteção desses incapazes, pois o art. 87 do revogado Código de Menores expressava: “Se a medida judicial a ser adotada não corresponde a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar livremente os fatos e ordenar, de ofício, as providências”.

Tal liberdade conferida ao julgador nesses casos, embora ampla, apresenta condições limitadoras, ou seja, regras do direito material e do direito processual que não poderão ser desrespeitadas.

Essa flexibilização do procedimento aumenta a responsabilidade e importa em uma postura mais cautelosa do juiz, ou seja, as garantias constitucionais processuais deverão permanecer íntegras. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente firma a atuação obrigatória do representante do Ministério Público.

Entendemos que a oitiva do Ministério Público deve anteceder a determinação de providências pelo magistrado, posto guardar um papel fiscalizador necessário a ser desempenhado.

Em que pese não ser admitida a sua exclusão, se a medida for urgente, desde que motivada, com possibilidade de retorno ao *status quo*, é plausível que a concretização anteceda a própria manifestação do Ministério Público. Nesta seara, se o promotor de justiça entender que a medida contraria os preceitos da proteção integral do menor, caberá a interposição de recurso.

O *caput* do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente e seu parágrafo único são dispositivos amplos, que necessitam ser adequadamente aplicados, utilizando-se os métodos de interpretação para que o foco seja alcançado.

Destaque-se que a jurisprudência se divide quanto à aplicação de procedimento “informal”. Nessa esfera, há decisões fundamentando que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu procedimentos próprios para as diversas hipóteses que envolvam a criança ou o adolescente 193.

5.1.1 Atuação ex officio nos procedimentos de jurisdição voluntária

Acreditamos na flexibilização diante de procedimentos de jurisdição voluntária e utilizamos o próprio Código de Processo Civil para apoiar o argumento, vez que, além do disposto nos arts. 190 e 191, já explanados nesta obra no item 3.1, ao disciplinar os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, expõe no parágrafo único do art. 723: “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

Como se observa, a flexibilização prevista no art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e amparada no parágrafo único do art. 723 do Código de Processo Civil atinge indubitavelmente a jurisdição voluntária.

Pretendendo tornar mais concreta a exposição, utilizemos, como instrumentos da efetivação do dispositivo supramencionado do Estatuto da Criança e do Adolescente, os pedidos de adoção, formalizados, em muitos casos, por aqueles que não estão inscritos no Cadastro Nacional de Adoção, mas que exercem a guarda, não raro, desde o nascimento do menor, com a própria anuência dos pais biológicos, ou diante do próprio desaparecimento destes.

Sabidamente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o cadastro de adotantes não é absoluto. Sobre o tema, fundamenta a referida instância superior que a sua previsão legal deve ceder espaço à observância do princípio do melhor interesse do menor, que, inclusive, é a base do sistema protecionista da criança e do adolescente, desde que exista vínculo afetivo entre estes e os pretendentes à adoção [194](#).

Evidente que o posicionamento supramencionado demonstra a flexibilização com amparo constitucional.

É fato que a legislação, ao prever o cadastro de habilitados à adoção, pretende a celeridade processual e a segurança jurídica nos processos judiciais de sua natureza. Nesses termos, não é admitido que o magistrado se afaste da realidade fática e se prenda às regras legais para impor conduta que contrarie o próprio direito material protetivo da criança e do adolescente.

Ora, não se pode esquecer que o direito processual, embora relevante, não deixou de ser o meio para se atingir o fim, ou seja, a efetivação do direito material. Assim, a flexibilidade permitida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente está amparada nos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais que, ao longo da história, se consolidaram.

Nesse sentido, acompanhamos o raciocínio de Maria Berenice Dias [195](#):

[...] o que era para ser um simples mecanismo, um singelo instrumento agilizador de um procedimento, transformou-se em um fim em si mesmo. Em vez de um meio liberatório, passou a ser um fator inibitório e limitativo da adoção. [...]

Há filiação onde houver um vínculo de afetividade. [...]

Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezã-lo totalmente afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes.

Nessas situações, a flexibilização permitirá que a criança ou o adolescente, que já foi privado da companhia dos pais biológicos, não tenha mais uma perda ativa. Por derradeiro, pelas razões expostas, apenas um legalista, não um jurista,

insistiria no cumprimento do formalismo da lei e não na flexibilização do procedimento.

Da interpretação realizada, julgamos que o dispositivo não pretende a crescente normatização dos procedimentos de jurisdição voluntária, mas a omissão nessa prática legislativa, para que a simplificação dos atos e a adequação à sequência procedimental que cada caso exige permita, em diferentes contextos, se atingir os fins que a vigente Constituição Federal e as normas infraconstitucionais apregoam.

5.1.2 Atuação ex officio nos procedimentos de jurisdição contenciosa

Sobre o art. 153, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, expõe Roberto João Elias: “No caso de afastamento da criança ou do adolescente de sua família e em outros procedimentos contenciosos é necessário observar os procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e em outras leis pertinentes” ¹⁹⁶.

Entendemos não salutar a interpretação do dispositivo que conclui pelo impedimento legal absoluto à flexibilização para os procedimentos de jurisdição contenciosa.

O parágrafo único do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar da inaplicabilidade, especifica os procedimentos voltados ao “afastamento da criança e do adolescente de sua família de origem”, bem como “em outros procedimentos necessariamente contenciosos”.

É sabido que o resultado obtido com a utilização dos métodos de interpretação das normas revela o real sentido e o alcance da regra, sendo que sempre existirá uma razão para a utilização das palavras.

Ora, não é pertinente concluir, após a aplicação dos referidos métodos, que inexistem efeitos no emprego de palavras à letra da lei.

Nesse sentido, a palavra “necessariamente”, que integra a redação do parágrafo único do art. 153, traz uma importante orientação na correta aplicação do preceito.

Com o emprego da expressão “necessariamente contencioso”, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite que os procedimentos dos processos de jurisdição contenciosa sejam flexibilizados, desde que com a anuência dos litigantes. Assim, são admitidas adaptações no procedimento legalmente previsto, desde que autorizados pelas partes e inclusive pelo Ministério Público, ao atuar como fiscal da lei.

Fortalecendo este entendimento, apontamos os arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil que, conforme já explanado ¹⁹⁷, atuam pela mitigação da rigidez procedimental e efetividade do processo.

Sempre compreendendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, admite-se a flexibilização, sem a oitiva dos postulantes, salvo do Ministério Público, se o procedimento for de jurisdição voluntária, e admite-se a flexibilização, condicionada à anuência dos litigantes, além, evidentemente, do Ministério Público, para os procedimentos de jurisdição contenciosa.

Não entendemos acertada a postura da legislação que veda a flexibilização aos procedimentos necessariamente

contenciosos. Acreditamos que essa impossibilidade engessa a busca pela efetividade na prestação jurisdicional, sendo desconexa à própria ciência conhecida como hermenêutica.

Creemos que não só a doutrina, mas também a legislação e a jurisprudência brasileira se direcionarão, cada vez mais, para a flexibilização dos procedimentos necessariamente contenciosos.

Aliás, já nessa linha, além do atual Código de Processo Civil, encontramos o projeto da nova Lei da Ação Civil Pública, Projeto de Lei n. 5.139/2009, que, além de dar nitidez à autonomia do direito processual coletivo, ainda indica, dentre os princípios norteadores, a flexibilidade procedimental e a máxima eficácia, conforme o inciso III do seu art. 3º, que ora transcrevemos:

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I – amplo acesso à justiça e participação social;

II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX – preferência da execução coletiva.

Compreendemos que a restrição pretende impossibilitar o retorno à política “menorista”, anteriormente empregada e hoje refutada.

É fato que o parágrafo único, introduzido pela Lei n. 12.010/2009, tem a intenção de inibir a discricionariedade, que pode conduzir à arbitrariedade e, neste sentido, alcançou a finalidade, tomando a justiça mais acessível às classes populares; no entanto, apresenta uma redação que carece de aprimoramentos.

Ora, a proteção constitucional e a proteção infraconstitucional voltadas às crianças e aos adolescentes vedam que a liberdade na condução dos atos processuais possam, de alguma forma, prejudicar esses sujeitos de direito.

As tutelas provisórias, reguladas pelos arts. 294 a 299 do Código de Processo Civil, asseguram e/ou satisfazem pretensões, desde que cumpridos determinados requisitos, em face de “urgência” ou “evidência” que as demandas demonstrem. Trata-se de cognição sumária, necessária para a prestação jurisdicional efetiva.

Ainda quanto à crença na existência de avanços legislativos, jurisprudenciais e doutrinários, sobre a flexibilização atingir os procedimentos de jurisdição contenciosa *lato sensu*, destaca-se a redação do § 1º do art. 208 da Lei n. 8.069/90: “As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou

coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”.

Ocorre que esse dispositivo, como todos os outros do Estatuto da Criança e do Adolescente, não admite interpretação que traga inconsistência no sistema normativo; assim, concluímos pela atual não flexibilização dos procedimentos de jurisdição contenciosa *lato sensu*.

Não obstante a crítica, trabalhe-mos com as regras da flexibilização legalmente admitida.

5.2 Regras para a flexibilização procedimental

É recente na cultura legislativa processual brasileira a flexibilização.

Essa postura é justificada pela contextualização histórica que permeou os poderes do nosso Estado; no entanto, com os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, é razoável o ajustamento do sistema processual vigente.

Nesta seara, referindo-se ao Código de Processo Civil de 1973, explicou Cândido Rangel Dinamarco 198:

O Código de Processo Civil pretende imprimir um sistema ainda mais rígido de fases ou momentos muito bem determinados para a realização de cada ato do processo, mas a jurisprudência caminhou no sentido de uma relativa liberalização. Com o apoio da doutrina, os tribunais vêm modelando o procedimento brasileiro segundo uma rigidez menos severa em relação àquela que parece ter sido pretendida pelo Código de Processo Civil [...]. Legítima-se essa mitigação, porque a extremada rigidez seria fator de inevitável burocratização do processo, minimizando as facultades das partes, apequenando o poder de direito processual inerente ao juiz e, conseqüentemente, afastando o processo de seu primordial objetivo de fazer justiça (*processo justo e equo*). Colidiria contra os pilares da garantia constitucional do *substantive due process of law* a lei que desviasse o processo deste seu objetivo fundamental, ou as interpretações que lhe imprimissem tal feição [...]. Por isso, ressalvadas certas posições conquistadas pela parte oposta àquela que se expôs à preclusão (efeito da revelia, coisa julgada etc.), é dever do juiz flexibilizar os rigores desta, de modo a evitar exacerbações preclusivas que possam produzir tais desvios; o valor da certeza das relações jurídicas é muito grande mas não é maior que o da justiça nas decisões – e daí a necessidade de buscar o equilíbrio entre esses valores.

A flexibilização permitida no art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como outras que podem ser vislumbradas na legislação brasileira, devem respeitar certos critérios.

O dispositivo não teve a pretensão de trazer incertezas, inseguranças e, tampouco, ferir princípios constitucionais e infraconstitucionais, como o princípio da legalidade, o princípio da persuasão racional do juiz, o princípio da igualdade, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa.

A postura assumida pelo referido artigo apenas exterioriza a percepção de que a legislação não pode prever seqüências procedimentais pertinentes a cada situação diversa que dá causa à provocação do Judiciário.

Apenas sob condições, a legislação processual brasileira confere liberdade para o magistrado quanto à adequação formal.

Nesse sentido, já explicava Cândido Rangel Dinamarco 199, quando vigente o Código de Processo Civil de 1973:

Mesmo diante das mitigações trazidas intencionalmente pela lei ou por via da interpretação sistemática de seus textos, não existem no

Brasil as aberturas, que nos sistemas de procedimento rígido há, para a regra de *adaptabilidade do procedimento* (Calamadre): o juiz não tem autorização generalizada para imprimir ao procedimento os rumos que em cada caso se mostrem convenientes, o que em alguma medida pode suceder nos sistemas de procedimento flexível.

A flexibilização dos procedimentos europeus relaciona-se com a adoção do sistema da *individualização da causa de pedir* – oposto ao da *substanciação*, vigente no Brasil. Lá, podendo ser alterado no curso do processo o material fático integrante do que recebe o nome de *circunstâncias particulares e fatos secundários* (Liebman), é imperiosa a flexibilização dos momentos probatórios. Aqui não, dado o rigor com que os fundamentos da demanda são *estabilizados* [...].

Sob esse raciocínio, acreditamos que a flexibilização indicada no art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente poderá aflorar o pensamento na liberdade de adequação processual, como instrumento colocado nas mãos do juiz de direito, para que, investido na função, possa tornar efetivo o processo.

Por amor ao argumento, utilizando as palavras de Fernando da Fonseca Gajardoni, destaca-se que a legislação processual portuguesa possibilita a referida postura, aderindo ao princípio da adequação formal, conforme segue 200:

No direito português, onde a adequação formal é expressamente permitida (art. 265-A do CPC luso), apontam-se como requisitos condicionantes da flexibilização: (a) prévia oitiva dos interessados; (b) alteração procedimental pautada e fundamentada em critérios objetivos fundados no direito material: não se pode admitir que o juiz afira a necessidade de adequação conforme os sujeitos, já que não se espera que através deste instrumento ele assegure igualdade substancial das partes; (c) a alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada: tal regra, além de subverter a lógica do sistema e beneficiar às escâncaras a parte desidiosa, oportunizaria retardamento do curso processual; (d) estabelecimento de uma sequência procedimental em princípio rígida, que oferte um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o próprio acesso à justiça impõem que se garanta um conhecimento efetivo e prévio de todo o procedimento que se seguirá; e (e) respeito aos demais princípios fundamentais do processo: como o do contraditório, da ampla defesa (não pode haver restrição aos articulados previstos em lei), do dispositivo, da economia processual (a fixação não pode contemplar atos inúteis, sendo ilegal a assim prevista) e da fundamentação (sem o que a parte não poderá controlar a pertinência da flexibilização). (BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação processual*, cit., p. 64-65). De acordo com Carlos Ferreira, “o estabelecimento do princípio da indisponibilidade das formas processuais, sem limitações, merece-nos alguma dúvida. Compreende-se que certos princípios-base do processo patrocinado pelo Estado como a igualdade das partes e a imparcialidade e dignidade do tribunal não possam ser, em nenhum caso, afastados pelas partes. Esta ideia vale também para os poderes de adaptação do juiz” (FERREIRA, Carlos. *Os poderes dos juizes e das partes*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3, p. 215, 1990).

Tendo como base a posição lusitana, acima exposta, a construção dos critérios que o magistrado deverá respeitar, para corretamente aplicar o dispositivo em tela, respeitará, com destaque, os métodos de interpretação, notadamente o comparativo, cuja exposição conceitual já fora tratada no início desta obra.

Nesse sentido, o instrumento processual, inclusive sua forma e ordem de realização no processo, sempre voltado à efetiva proteção integral da criança e do adolescente, terá a possibilidade de ser flexibilizado, com a segurança jurídica que a prática do método de interpretação comparativo aplicado ao Código de Processo Civil português permite.

Assim, para garantir os interesses dos hipossuficientes ora sob estudo, o dispositivo estudado permite a ruptura com o excesso de formalismo, possibilitando a concentração de atos processuais e, inclusive, a mudança na sequência de atos processuais.

A publicidade dessa visão, quanto às liberdades procedimentais, deve ser expandida.

Eventual surgimento de legislação engessadora, com excesso de formalismo, atingirá negativamente o menor.

É salutar expor que a Lei n. 12.010/2009, que dispõe sobre a adoção, alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e, nessa empreitada, deu causa à extinção da instauração dos “procedimentos verificatórios”, também conhecidos como “procedimentos para aplicação de medida de proteção” ou “pedido de providência”, desde que destinados a promover o afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar.

Evidente que essa restrição introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu uma conduta processual contenciosa necessária, afastando, não raro, a efetividade da prestação jurisdicional, notadamente às crianças e aos adolescentes.

É fato que a Lei n. 12.010/2009 procurou proteger o convívio familiar e cercear a banalização do acolhimento institucional dos menores. Assim, pretende-se que, nos termos dos arts. 93 e 101, § 2º, da Lei n. 8.069/90, os meios para a manutenção da criança ou do adolescente junto à família sejam esgotados. Ocorre que, em muitas situações, as garantias e os direitos constitucionais, bem como infraconstitucionais, desses sujeitos de direitos são sobrestados.

5.2.1 A flexibilização procedimental e o princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é garantido pela Constituição Federal no art. 5º, LIV 201 .

Sobre a compatibilidade do princípio do devido processo legal com a flexibilização processual explica Fernando da Fonseca Gajardoni 202:

Não há incompatibilidade entre a flexibilização procedimental com o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), que, como aponta prestigiosa doutrina, é base sobre a qual todos os demais princípios constitucionais se sustentam (contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade, licitude da prova, dever de motivação das decisões judiciais etc.).

Por devido processo constitucional (expressão bem melhor que *devido processo legal*, fruto de uma tradução *ipsis literis* de *due process of law*) entende-se o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, e do outro garantem o escorreito exercício do poder. É princípio que se aplica a qualquer procedimento que tenha por objeto o trinômio vida-liberdade-patrimônio, de modo que há devido processo legal judicial, legislativo, administrativo e, por que não, no âmbito privado.

Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

Exatamente por isso a adequação do procedimento abstrata e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo.

O princípio do devido processo legal não se limita a impor o respeito à norma, mas ao enquadramento desta às necessidades que a demanda impõe, além do respeito aos demais princípios.

Trata-se de uma personalização do processo, na medida em que pretende tomar a justiça próxima dos cidadãos.

Se, de fato, o princípio do devido processo legal buscasse a rigidez na aplicação da norma, não se vislumbraria

tanto na doutrina como na jurisprudência, apoiadas no sistema processual civil vigente, a aplicação do princípio da fungibilidade, nas tutelas provisórias, em matéria recursal, ou mesmo nas ações possessórias, dentre outras tímidas flexibilizações admitidas.

Nesse sentido, encontra-se o amparo nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno 203:

O princípio do devido processo legal, contudo, não pode e não deve ser entendido como mera forma de *procedimentalização* do processo, isto é, da atuação do Estado-juiz em determinados modelos avaliativos, neutros, vazios de qualquer sentido ou finalidade mas, muito além disso, ele diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado.

Ainda sobre o tema, destacou o mesmo doutrinador, na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

Como o paradigma da reflexão jurídica da atualidade não repousa mais, suficientemente, na *lei*, mas, bem diferentemente, na Constituição, alguns autores têm sugerido o emprego de nome que melhor descreva este fenômeno [...]. Assim, no lugar de um devido processo *legal*, que daria ensejo a ser destacado o papel da lei na confirmação da atuação do Estado, tem-se dado preferência a devido processo *constitucional*, para enfatizar que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição e não da lei.

[...] Como a melhor interpretação do direito pode depender, muitas vezes, de uma maior, quiçá necessária, *interação* entre o órgão competente para aplicar a norma jurídica e os valores reinantes na sociedade civil e no próprio Estado – até mesmo pela complexidade, técnica inclusive, que, cada vez mais, tem caracterizado o objeto do regramento jurídico –, não há como negar que a melhor pauta de interpretação do direito pode depender, crescentemente, de uma mais ampla e generosa concepção do próprio processo [...] para permitir que o magistrado possa ter acesso a estes valores que, dispersos pela sociedade e pelo próprio Estado, mostram-se decisivos para interpretação e aplicação da norma jurídica.

5.2.2 A flexibilização procedimental, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação

É clássico o estudo do princípio da economia processual, com o entendimento de que o Estado deve buscar a máxima atuação do direito com o mínimo emprego possível de atos processuais.

Esse princípio, sob o fôco infraconstitucional, encontra seguimento no art. 125, II, do Código de Processo Civil.

A Emenda n. 45/2004 inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: “A todos, no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

Percebe-se a iniciativa do Estado em colocar, ainda que no plano ideológico do país, a garantia de uma celeridade que firme a justiça, em tempo hábil, a serviço do cidadão.

[...] mesmo antes do advento daquela Emenda, não havia como negar que o “princípio da duração razoável do processo” já era “direito vigente” entre nós porque era ele assegurado expressamente pelo art. 8º, n. I, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992 e, por isto, norma integrante do sistema processual civil. O que com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 ficou esclarecido, não fosse pela consagração explicitada no novo inciso LXXVIII, do art. 5º, é que aquele princípio ganhou *status constitucional*, [...] 204.

O referido inciso não apenas indica que o processo deve ter uma duração razoável, como fomenta a existência de meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto à duração razoável do processo, aponta, no art. 163, o prazo de 120 dias para a conclusão do procedimento destinado à suspensão ou à perda do poder familiar. Em que pese não ser a proposição amadurecida, não se pode negar a intenção de concretizar o que, sob o aspecto constitucional, encontrava-se aberto e, portanto, não definido na prática.

No que diz respeito à celeridade na tramitação, questões administrativas devem ser apreciadas, pois necessitamos de uma reorganização dos procedimentos dos cartórios e de aumento na quantidade de serventuário.

Não obstante o exposto, entendemos que o dispositivo constitucional em tela sustenta, dentre outras esferas processuais, o que por ora denominamos de *flexibilização procedimental* prevista no art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, longe de trazer insegurança jurídica, coloca a atividade jurisdicional mais próxima dos sujeitos de direitos.

De fato, os menores necessitam de uma prestação jurisdicional célere; assim, a simplificação dos atos e o foco na proteção integral destes colocam o recente inciso constitucional em posição de destaque no estudo dessa legislação especial vigente.

5.2.3 A flexibilização procedimental e a efetividade do processo

O princípio da efetividade do processo decorre do art. 5º, XXXV, ao expor que: “A lei não excluirá da apreciação lesão ou ameaça a direito”. É nesse dispositivo que também repousa o princípio do acesso à justiça.

Da redação constitucional observa-se que uma vez reconhecida a lesão ou ameaça a direito, a atuação do processo deverá ser no sentido de exteriorizar a proteção legal. Nesse sentido, os resultados da interferência do Estado devem ser visíveis e efetivos.

Diferindo dos outros princípios, que pela própria construção redacional estão arraigados aos preceitos teóricos, dogmáticos e, portanto, ideológicos, o princípio da efetividade, por si, pretende resultados práticos, concretos, que tomem o processo um meio hábil à satisfação das pretensões apresentadas em juízo.

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno explicou [205](#), antes mesmo da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil:

Um processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente seus resultados. Para que estes efeitos, estes resultados, obteníveis pelo processo, sejam sentidos no plano a ele exterior, pressupõe-se uma nova concepção de mecanismos de proferimento, de atuação, e de realização concreta das decisões jurisdicionais (de técnicas processuais, portanto), que é um dos temas mais discutidos na atualidade. Desta forma, temas como a necessidade de novos procedimentos especiais para a tutela de determinados direitos materiais; novas regras procedimentais que distribuam melhor o tempo ao longo do processo com aceleração do proferimento das decisões jurisdicionais e de sua realização concreta; aumento dos poderes dos magistrados; novas técnicas de atuação das decisões jurisdicionais.

[...]

Mas o “princípio da efetividade do processo” pode ser entendido mais amplamente. Também é por ele que se pode entender necessário

buscar a redução binômio “direito e processo”, reconhecendo-se o processo como mero *instrumento* de e para *realização* concreta do direito material. [...] É daí que vem o assento constitucional e de direito positivo para o processualista voltar-se a preocupações que estão *fora* do processo; para a busca de finalidades que são *exteriores* ao processo, mormente em um modelo de Estado Social, Democrático e de Direito como é o brasileiro.

Desta exposição decorre a íntima relação do princípio com a efetividade do processo e a flexibilização dos procedimentos.

É acertado pensar que a flexibilização procedimental, nos termos da sujeição ao Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra respaldo também no princípio da efetividade, vez que pretende a concretização do afastamento da lesão ou da ameaça aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Data venia, conclusões diversas afastariam a prestação jurisdicional dos resultados práticos que se pretendem com o processo.

Reitere-se que o processo não apresenta um fim em si mesmo, ou seja, é meio, colocando-se o direito material como um fim.

Na busca da efetivação dos valores de direito material que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais elencam, os procedimentos devem ser utilizados como meios para amparar os hipossuficientes que, nesta obra, relacionam-se às crianças e aos adolescentes.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como diploma norteador do caminho para um Estado acolhedor.

A redação da Lei Maior ultrapassa a necessária exposição técnica que a sua natureza disciplinadora exige, permitindo a ruptura com o excesso de formalismo, pois expressa os princípios de direito material e de direito processual que norteiam a sociedade, atingindo, conseqüentemente, a aplicação das normas aos casos concretos.

Neste contexto, os princípios informativos constitucionais, que advieram, inclusive, da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, da qual o Brasil foi signatário, constroem o alicerce para a proteção das crianças e dos adolescentes.

Assim, diante da necessidade de harmonizar o ordenamento jurídico, os diplomas infraconstitucionais que já existiam demandaram uma releitura, para que fossem interpretados e aplicados segundo tais premissas maiores.

Com esse cenário, é sancionada a Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que coloca os menores como sujeitos de direitos, evidenciando a necessidade de o país materializar políticas públicas voltadas a tais indivíduos.

É a doutrina da proteção integral do menor que fundamenta toda a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, sendo diploma normativo, disciplina os aspectos da vida desses incapazes, pretendendo tornar imaculado seus direitos fundamentais.

Quanto à técnica processual, procura-se harmonizar o formalismo procedimental com o princípio da persuasão racional do juiz, atribuindo responsabilidades ao magistrado na condução do processo, bem como na tomada de decisões.

Ora, a efetiva tutela jurisdicional não pode ser negada, de modo que a flexibilização do procedimento vem a ser adequada para alcançar-se a satisfação da pretensão deduzida em juízo.

Do exposto resulta que o formalismo, nesse aspecto, é observado como um limitador da prestação jurisdicional personalizada e, não raro, tem a capacidade de negar a proteção legalmente prevista aos indivíduos.

Assim, com vistas à tutela de direitos, especialmente às crianças e aos adolescentes, deve ser buscado um procedimento célere, com ênfase no resultado e não na forma.

Reconhece-se, portanto, os poderes do juiz quanto à flexibilização dos procedimentos civis sujeitos ao Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo-se por base o *caput* do art. 153 desse diploma, bem como o seu parágrafo único.

O dispositivo supramencionado se apresenta como um instrumento que legitima a flexibilização procedimental ao

permitir a atuação *ex officio* do juiz nos procedimentos civis do Estatuto da Criança e do Adolescente sempre diante da oitiva do Ministério Público.

Nesse sentido, a hermenêutica assume seu relevante papel, pois a aplicação dos métodos de interpretação da norma jurídica revela o alcance do preceito normativo supramencionado.

Com fulcro no próprio Código de Processo Civil, notadamente no parágrafo único do art. 723, amparamos o entendimento de que a atuação *ex officio* nos procedimentos de jurisdição voluntária é admitida, não obstante a aplicação dos métodos de interpretação da norma jurídica revele que esse poder conferido ao magistrado, quanto à flexibilização, não é absoluto, uma vez que as normas constitucionais e infraconstitucionais, de direito material e de direito processual, limitam essa liberdade procedimental, pois a proteção integral da criança e do adolescente mostra-se como a justificativa para tal permissão normativa.

Entendemos, diante da necessidade de procedimentos que garantam a integral proteção da criança e do adolescente, que o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente não almeja a crescente normatização dos procedimentos de jurisdição voluntária, mas a inércia nessa prática, para que os magistrados possam usar a flexibilização procedimental a fim de atingir a efetividade na prestação jurisdicional.

Quanto aos procedimentos de jurisdição contenciosa, entendemos que a atuação *ex officio* sofre maiores limitações, pois o parágrafo único do art. 153, do Estatuto da Criança e do Adolescente, expressa que a flexibilização ora tratada “não se aplica para os fins de afastamento da criança e do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos”.

Novamente, socorrendo-se da hermenêutica, concluímos que a palavra “necessariamente”, empregada no dispositivo, possibilita a flexibilização nos procedimentos de jurisdição contenciosa, desde que com a anuência dos litigantes e do Ministério Público, ao atuar como fiscal da lei, sendo que os arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil fortalecem este entendimento.

Não obstante o exposto, julgamos prejudicada a busca pela efetividade na prestação jurisdicional diante desse limitador imposto pela redação legislativa supramencionada do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Compreendemos que o referido dispositivo tem a intenção de cercear a discricionariedade, o qual pode conduzir a arbitrariedades, mas acreditamos que a redação seja carecedora de aprimoramentos, posto que a busca da proteção integral do menor é que deve ser a fundamentação da flexibilização dos procedimentos civis do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa liberdade procedimental, permitida pelo art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve respeitar certos critérios, já que não pretende trazer insegurança jurídica e, tampouco, ferir princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Especialmente as crianças e os adolescentes necessitam de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, de modo que a adequação dos atos processuais, bem como a sua simplificação, nos casos concretos que alcançam o judiciário, devem

amparar tais hipossuficientes, como resultado dos comandos principiológicos constitucionais e infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

- AIRES, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.
- ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da infância e da juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ALVIM, Rosilene. O trabalho infantil: diversidade e exploração. *Anais da ABET*, 1995.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente*: proteção, punição e garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Manual de direito civil: família e sucessões*. São Paulo: Método, 2006. v. 4.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Efetividade do processo e técnicas processuais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BOSCARO, Marcio Antônio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BRASIL. *Código Civil*.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.
- BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*.
- BRASIL. *Estatuto da Juventude*.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.
- _____. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de

CABEZÓN, Ricardo de Moraes (coord.). *Nossas crianças, nosso futuro*. São Paulo: Uninove, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 5.139/2009* – Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso: 13 out. 2011.

CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. *A proteção jurídica da infância, da adolescência e da juventude*. São Paulo: Verbatim, 2013.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Flávia Piva Almeida; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALLIERI, Alyrio (coord.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2004.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CISZEWSKI, Ana Cláudia Vieira e Oliveira. *O trabalho da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: LTr, 2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA, Tailson Pires. *A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Ed. Fiúza, 2004.

_____. *Meio ambiente familiar: a solução para prevenir o crime*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Penas alternativas – Reeducação adequada ou estímulo à impunidade?* 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. (Coord.) *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

_____. (Coord.) *Família e cidadania – O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992; 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado – Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DI MAURO, Renata Giovanoni. *A nomeação de curador especial segundo o Código de Processo Civil*. Artigo publicado no site da Escola Superior da Advocacia, do Estado de São Paulo, em 30/5/2011. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/Artigo.aspx?Art=17>>. Acesso em: 7 set. 2011.

_____. Os poderes do juiz da infância no curso do processo. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas das (Coord.). *Família e Sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 15; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 1 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22622>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

_____. *Manual de direito das famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DONIZETI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil comparado: CPC/73 para o NCPC e NCPC para o CPC/73*. São Paulo: Atlas, 2015.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson; Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: direito de família, casamento*: arts. 1.511 a 1.590. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV. (Coordenação Álvaro Villaça Azevedo.) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Eduardo Dias S. *Liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais*. São Paulo: EDUC, 2010.

_____; RIBEIRO, L. L. G.; FERREIRA. A infância no constitucionalismo brasileiro: da indiferença à proteção integral. In: GOMES RIBEIRO, Lauro Luiz; ACCORSI BERARDI, Luciana Andrea (Orgs.). *Estudos de direito constitucional em homenagem à Professora Maria Garcia*. 2. ed. São Paulo: IOB, 2008.

_____; BALERA, Wagner; GUELLER, M. M. R. P.; LOW, D. M.; GUARDIA, A. F. T.; SANTOS FILHO, O. S.; VALVERDE, T. P.; SILVA, F. S. E.; LEITÃO, A. S.; MEIRINHO, A. G. S.; SILVA, R. S.; Cruz, Marcelo Cavaletti de Souza; BARRETO, A. C. R.; IBRAHIM, Fábio Zambitte. Comentários aos artigos XIX e XX. In: BALERA, Wagner (org.). *Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Brasília: Fortium, 2007.

_____. O jovem e a idade penal: é preciso cumprir a lei que garante vida digna às crianças antes de permitir enjaulá-las por longos períodos. *Super Interessante – Especial: segurança nacional*, 2 abr. 2002, p. 46.

FIUZA, Ricardo *et al.* *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FROES, Oswaldo; MAC CRACKEN, Roberto. *Vade-Mecum das ações cíveis*. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2005.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FUNDAÇÃO SEADE/SP. *Anuário estatístico do Estado de São Paulo* – 2003. São Paulo, [2004].

_____. *Índice de vulnerabilidade juvenil* – 2000 a 2005. São Paulo, [2006].

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em material processual, de acordo com as recentes reformas do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil, coordenação Carlos Alberto Carmona.) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

_____. *Direito civil esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3. (Coleção esquematizada, coordenação Pedro Lenza).

_____. *Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instauração do setor de conciliação e mediação*. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

HADDAD, E. G. M.; MUNIZ, C. B.; SOARES, T. A. Defensoria Pública do Estado de São Paulo: uma história que já pode ser contada. *Boletim IBCCrim*, n. 174, São Paulo, ano 15, maio 2007.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LAMENZA, Francimar; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2012.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional – Medida socioeducativa é pena? 2. ed.* São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____; CYRINO, Púbio Caio Bessa. *Conselhos e fundos do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*: direito de família, relação de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI. (Coordenação Álvaro Villaga Azevedo.) LOTUFO, Maria Alice Zaratini. *Curso avançado de direito civil*: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

MARCATO, Antonio Carlos *et al.* *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2005.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II.

MELO, Cinira Gomes Lima; DI MAURO, Renata Giovanoni. A técnica redacional do Código de Processo Civil de 2015 quanto à nomeação de curador especial, lapidando os anseios da doutrina e da jurisprudência. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo. *Direito Civil* (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 14; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Estatísticas educacionais*. Brasília, 2006.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

MONTENEGRO, César. *Prática forense dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, José Anderson. *Prazos processuais*: doutrina, prática, jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa.) NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de direito processual Enrico Tullio Liebman, v. 21.) NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do direito de família à luz do novo Código Civil*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

NOGUEIRA, Paulo L. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *Revista do Advogado*, v. 95/119-135, São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PEREIRA, Irandi; MESTRINER, Maria Luíza. *Liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade: medidas de inclusão social voltadas a adolescentes autores de ato infracional*. São Paulo: Vóx, 1990.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Violentados – Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sociojurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem, a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIZZARDO, Amaldo. *Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O abrigo no cuidado com a criança e o adolescente. *Revista do Advogado*, v. 101/77-85, São Paulo, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____; STEFANO, I. G. A. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: 2010.

SALÉM, Luciano Rossignolli. *Prática forense no direito de família*. São Paulo: Millennium, 2004.

SANTANA, Izaías José de; YAMASAKI, Ricardo Augusto (Coord.). *Declaração Universal dos Direitos Humanos comentada para o cidadão*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Emancipação dos. *Manual de direito processual civil: procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2007. 3 v.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 3 v.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. *Jus Navigandi*, ano 7, n. 61, jan. 2003, Teresina. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

SHIMURA, Sergio Seiji. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de (Orgs.). *Direito civil e processo estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O cumprimento efetivo da sentença e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito (Unifio)*, v. 4/61–85, São Paulo: Método, 2004.

_____. O cumprimento efetivo da sentença e a concretização dos direitos fundamentais. In: Cunha Ferraz, Anna Cândida da. (Org.). *Revista Mestrado em Direito (Unifio)*, v. 3, Osasco: Ed. Unifio, 2005.

_____. O princípio da inafastabilidade da jurisdição revelado por meio do recurso de embargos de declaração. *Revista Mestrado em Direito (Unifio)*, v. 7/145-168, São Paulo, 2007.

_____. Os efeitos dos recursos – influência e garantia dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIO)*, v. 5/103–115, São Paulo, 2005.

_____. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, v. 1.

_____. Reflexos da garantia constitucional da prova lícita no processo. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIO)*, v. 10/129-152, São Paulo, 2008.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

_____; BRUSCHI, G. G. (Orgs.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 1.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. *O regime recursal no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. *Súmula vinculante – Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral *et al.* *Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente*. São José: Unicef, 1997. v. 2.

SILVA, Roberto. B. Dias da (Coord.). *Direito constitucional. Temas atuais. Homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: Método, 2007.

SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos civis da Lei 8.069/90. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SIQUEIRA, Liborni. *Dos direitos da família e do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a questão do delito. *Cadernos Populares*, São Paulo: Forja, n. 3, 1991, coordenação geral de Irandi Pereira.

THEOTONIO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3 v.

VELOSO, Zeno. *Código civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17. (Coordenação Álvaro Villaça Azevedo.) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. (Coleção Direito Civil.)

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VOLPI, Mario. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 3 v.

ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

- 1 TJSC, Apelação Cível n. 2006.015175-2, rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 25/9/2008.
- 2 O citado art. 397 do Código de Processo Civil de 1973 corresponde integralmente ao vigente art. 435 do Código de Processo Civil de 2015.
- 3 TJRS, Apelação Cível n. 70008.795775, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 23/6/2004.
- 4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 107-110.
- 5 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 478.
- 6 DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 479.
- 7 DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 480.
- 8 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, p. 8, mar-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2011.
- 9 BARROSO, Luís Roberto. *Idem*.
- 10 BARROSO, Luís Roberto. *Idem*.
- 11 BARROSO, Luís Roberto. *Idem*.
- 12 BARROSO, Luís Roberto. *Idem*.
- 13 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64.
- 14 Os princípios constitucionais do direito de família que passam a ser expostos respeitarão à ordem de exposição na obra de GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Idem*, p. 66-100.
- 15 Dispõe o art. 1º, III, da CF: “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”.
- No mesmo contexto, a redação do art. 226, § 7º, do referido diploma reza: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.
- 16 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 72.
- 17 Dispõe o art. 1º, V, da Lei Maior: “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 fundamento: [...] V – o pluralismo político”. Ainda, por amor ao argumento, reza o art. 5º, *caput*, I, da Constituição Federal, o princípio da igualdade material, dos que constituem a família: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]”.
- 18 Colaborando com o exposto, segue a redação do § 5º do art. 226 do Diploma Constitucional: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.
- 19 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 73.
- 20 Assim, segue a redação do referido diploma legal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

- 21 Segue a redação do diploma legal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; [...]”.
- 22 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 76, nota 15.
- 23 Segue a redação do mencionado dispositivo: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.
- 24 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 82.
- 25 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 82-83.
- 26 Redação dos parágrafos do art. 226 da CF: “§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.
- 27 Dispõe a regra legal: “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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.
- 28 Segue a redação do § 6º do art. 227 da CF: “Os filhos, havidos ou não, da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.
- 29 Neste mesmo sentido reza o art. 41 do referido Estatuto: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

- 30 CAVALLIERI, Alyrio (coord.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. (Justificação do coordenador da obra.)
- 31 O Código de Menores de 1927 foi posterior à Lei n. 4.242/1921, que regulamentou os serviços de assistência e proteção à criança e ao adolescente em estado de abandono e em situação de delinquência.
- 32 CAVALLIERI, Alyrio (coord.). *Idem*.
- 33 “Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial”.
- 34 Assim, dispõe o art. 227 da CF: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.
- 35 Reza o art. 3º do ECA: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos integrais de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem”.
- 36 CAVALLIERI, Alyrio (org.). *Op. cit.*
- 37 Conforme o art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852, de 5 de agosto de 2013.
- 38 Art. 3º do ECA: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.
- 39 Sobre o tema, expressa o art. 16 do ECA: “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”.
- 40 Assim, segue a redação do art. 17 do diploma sob análise: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

- 41 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 132-133.
- 42 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em material processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58.
- 43 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 223.
- 44 O atual Código de Processo Civil manteve a designação e o emprego observados no Código de Processo Civil de 1973.
- 45 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 224.
- 46 Com o advento da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a execução da sentença, buscando a concretização cível, passou a ser efetivada por meio da denominada “fase do cumprimento da sentença”, constante no processo de conhecimento; assim, em regra, a ação de execução de título judicial era utilizada apenas para a hipótese de se pretender a execução cível de sentença penal condenatória, de sentença estrangeira ou de sentença arbitral.
- 47 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68.
- 48 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 289.
- 49 Aqui inserimos o procedimento sumaríssimo, regulado pelas Leis n. 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009, embora tenhamos ciência de que há doutrinadores que o indicam como simplesmente Justiça Especializada.
- 50 “Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.”
- 51 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. II, p. 147.
- 52 Art. 513 do CPC: “O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código”.
- 53 Enunciado n. 31: “O poder geral de cautela está mantido no NCP”, do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.
- 54 SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei n. 8.069/90. In: PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 605.
- 55 SIMAS, Ulisses Fialho. Idem, p. 606.
- 56 SIMAS, Ulisses Fialho. Idem, p. 607.
- 57 SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>>. Acesso em: 27 mar. 2010.
- 58 Art. 5º, XXXV, da CF: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.
- 59 Art. 5º, LXXIV, da CF: “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.
- 60 Art. 141, § 2º, do ECA.
- 61 Parágrafo único do art. 142 do ECA: “A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual”.

- 62 Dispõe o art. 98 do referido diploma: "As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta".
- 63 Art. 28 do ECA: "A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei".
- 64 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 661.
- 65 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 662.
- 66 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 661.
- 67 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 597-599.
- 68 Dispõe o § 2º do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados".
- 69 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 566.
- 70 Trata-se de prática usual a postulação, já na petição inicial, da guarda provisória, uma vez que no curso do processo o incapaz poderá necessitar praticar atos da vida civil, dependendo, para tanto, de alguém que o represente ou assista.
- 71 Em que pese a denominação "guarda definitiva", que é alcançada após o trânsito em julgado, as situações que levam a esta fixação ficam sujeitas a mudanças, o que permite a sua modificação ou revogação a qualquer momento, por meio de ação própria, desde que demonstrada a alteração fática e o melhor interesse do menor prevalecendo de forma diversa da determinação judicial pretérita. Nestes termos, discordamos, *data venia*, da doutrina que sustenta não estar sujeita a coisa julgada à sentença que fixa a guarda definitiva. Entendemos que há coisa julgada, uma vez que a nova demanda versará sobre fatos diversos e, diante destes, nova decisão existirá.
- 72 SIMAS, Ulisses Fialho. *Op. cit.*, p. 617.
- 73 Complementando o aduzido, dispõe o § 2º do art. 33 desse diploma legal: "Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados".
- 74 Segue a redação do dispositivo: "A guarda confere à criança ou ao adolescente a condição de dependência, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".
- 75 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007. p. 30.
- 76 Embora esta postura seja a mais célere, não é raro o peticionário se deparar com decisão do juiz determinando que ação própria venha a ser proposta. *Data venia*, ao agir nestes termos o magistrado se afasta da doutrina da proteção integral do menor, deixando de colocá-lo na primazia dos interesses que o Estado deve tutelar.
- 77 Colaborando com a vedação do descumprimento da ordem judicial da guarda, segue a redação do art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena – reclusão de dois a seis anos, e multa".
- 78 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 665.
- 79 BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Manual de direito civil*: família e sucessões. São Paulo: Método, 2006. v. 4. p. 165.
- 80 "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 das ações, ou nelas assistir 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.”

81 “Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o juiz, 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.”

82 Dispõe o art. 1.728 do CC: “Os filhos menores são postos em tutela: I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II – em caso de os pais decaírem do poder familiar”.

83 “Art. 1.743. Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela.”

84 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil: família e sucessões*. São Paulo: Método, 2006. v. 4. p. 162-163.

85 Quanto aos menores abandonados, dispõe o art. 1.734 do CC: “As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.”

86 “Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: I – aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; II – aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; III – os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; IV – os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; V – as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores; VI – aqueles que exercem função pública incompatível com a boa administração da tutela.”

87 “Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela: I – mulheres casadas; II – maiores de sessenta anos; III – aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; IV – os impossibilitados por enfermidade; V – aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; VI – aqueles que já exerceram tutela ou curatela; VII – militares em serviço.”

88 “Art. 1.737. Quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la.”

89 “Art. 1.738. A escusa apresentar-se-á nos 10 (dez) dias subsequentes à designação, sob pena de entender-se renunciado o direito de alegá-la; se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os 10 (dez) dias contar-se-ão do em que ele sobrevier.”

90 “Art. 1.739. Se o juiz não admitir a escusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer.”

91 Pretendendo alcançar a adequada administração do patrimônio do tutelado, o art. 1.745 do Código Civil dispõe: “Os bens dos menores serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado. Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade”.

92 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. p. 34.

93 Art. 1.753 do CC: “Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens. § 1º Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz. § 2º O mesmo destino previsto no parágrafo antecedente terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência. § 3º Os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação”.

94 Art. 1.754 do CC: “Os valores que existem em estabelecimento bancário oficial, na forma do artigo antecedente, não se poderão retirar,

- senão mediante ordem do juiz, e somente: I – para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração dos seus bens; II – para se compararem bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1º do artigo antecedente; III – para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado; IV – para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, a os seus herdeiros”.
- 95 Art. 1.752 do CC: “O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente depender no exercício da tutela, salvo no caso do artigo 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados. § 1º Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada. § 2º São solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano”.
- 96 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., v. 4. p. 167-168.
- 97 Art. 1.759 do CC: “Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes”.
- 98 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. p. 36.
- 99 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p. 362.
- 100 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. p. 40.
- 101 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 6. p. 369-370.
- 102 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 386.
- 103 LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284-285.
- 104 A oitava da criança e do adolescente será abordada, de forma específica, no Capítulo 3.
- 105 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 553-554.
- 106 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 556.
- 107 Art. 197-A da Lei n. 8.069/90: “Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: I – qualificação completa; II – dados familiares; III – cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV – cópias da certidão de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V – comprovante de renda e domicílio; VI – atestados de sanidade física e mental; VII – certidão de antecedentes criminais; VIII – certidão negativa de distribuição cível”.
- 108 MELO, Cinira Gomes Lima; DI MAURO, Renata Giovanoni. A técnica redacional do Código de Processo Civil de 2015 quanto à nomeação de curador especial, lapidando os anseios da doutrina e da jurisprudência. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo. *Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 14; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 141-148.
- 109 Art. 72 do CPC: “O juiz nomeará curador especial ao: I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”.
- 110 Parágrafo único do art. 341 do CPC: “O ônus da impugnação específica dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”.
- 111 SIMAS, Ulisses Fialho. Op. cit., p. 620.
- 112 Art. 197-C, § 1º, do ECA.
- 113 Art. 197-D, *caput*, do ECA.
- 114 Art. 197-D, parágrafo único, do ECA: “Caso não sejam requeridas diligências, ou sendo essas indeferidas, a autoridade judiciária determinará a juntada do estudo psicossocial, abrindo a seguir vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo”.

115 Art. 197-E, § 2º, do ECA: “A recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida”.

116 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 569-570.

117 DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 570-571.

118 DINIZ, Maria Helena. *Idem*, *Ibidem*.

119 DINIZ, Maria Helena. *Idem*, *Ibidem*.

120 DINIZ, Maria Helena. *Idem*, *Ibidem*.

121 Segundo o art. 51 e parágrafos do ECA: “Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999. § 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: I – que a colocação em família substituída é a solução adequada ao caso concreto; II – que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituída brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no artigo 50 desta Lei; III – que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 28 desta Lei. § 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro. § 3º A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional”.

122 O magistrado poderá estender por período superior a 30 (trinta) dias.

123 SIMAS, Ulisses Fialho. *Op. cit.*, p. 621.

124 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 588.

125 “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 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; 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. § 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. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. § 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. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.”

126 “Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II – os valores auferidos pelo filho maior de 16 (dezessex) anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados pelos pais; IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.”

127 “Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.”

128 “Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até

suspendendo o poder familiar, quando convenha.”

- 129 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213.
- 130 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 600-601.
- 131 “Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou o adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.”
- 132 Art. 1.734 do CC: “As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.
- 133 Neste sentido, expressa o art. 130 do ECA: “Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor”.
- 134 Art. 1.638 do CC: “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”.
- 135 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., v. 4. p. 136.
- 136 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. p. 602.
- 137 Idem, *ibidem*.
- 138 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., v. 4. p. 135.
- 139 Art. 98 do ECA: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta”.
- 140 Art. 158 do ECA: “[...] § 1º A citação será pessoal, salvo se esgotados todos os meios para a sua realização. § 2º O requerido privado de liberdade deverá ser citado pessoalmente”.
- 141 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221.
- 142 Art. 161 do ECA: “[...] § 2º Em sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, é ainda obrigatória a intervenção, junto à equipe profissional ou multidisciplinar referida no § 1º deste artigo, de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, observado o disposto no § 6º do art. 28 desta Lei”.
- 143 Conforme o § 3º do art. 161 do ECA.
- 144 ELIAS, Roberto João. *Idem*, p. 217.
- 145 Art. 163, parágrafo único, do ECA.
- 146 “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.”
- 147 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., v. 4. p. 136.
- 148 O texto da Convenção está disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 10 out. 2011.

- 149 Esse posicionamento adotado está em harmonia com o disposto no art. 28 do mesmo diploma legal.
- 150 TJ/PR, 12ª Câmara Cível, Acórdão n. 7.853, Rel. Marcos S. Galliano Daros, *DJ* 15-2-2008.
- 151 TJ/MG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0024.01.577652-9/002, Rel. Ernane Fidelis, *DJ* 5-11-2004.
- 152 ELIAS, Roberto João. Op. cit., p. 231.
- 153 ELIAS, Roberto João. *Idem*, *ibidem*.
- 154 Art. 161, § 1º: "A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar, bem como a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar previstas nos arts. 1.637 e 1.638 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, ou no art. 24 desta Lei".
- 155 Art. 127, § 1º, da CF.
- 156 Segue a redação do referido art. 177: "O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais". Neste sentido, o art. 178 dispõe: "O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir com o fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público".
- 157 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. p. 134-137.
- 158 Cumpre salientar que o Ministério Público também atuará como substituto processual na propositura de ações de investigação de paternidade, nos termos da Lei n. 8.560/92.
- 159 SIMAS, Ulisses Fialho. Op. cit., p. 622.
- 160 TJ/DF, 4ª Turma Cível, APE 2007.01.3.007934-6, Rel. Min. Sérgio Bittencourt, julgado em 18-2-2009, *DJ* 16-3-2009, p. 120.
- 161 ELIAS, Roberto João. Op. cit., p. 281.
- 162 ELIAS, Roberto João. *Idem*, p. 281-282.
- 163 Arts. 693 a 699 do Código de Processo Civil.
- 164 Assim, segue a redação do referido dispositivo: "O juiz nomeará curador especial ao: I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei".
- 165 DI MAURO, Renata Giovanoni. *A nomeação de curador especial segundo o Código de Processo Civil*. Artigo publicado no site da Escola Superior da Advocacia, do Estado de São Paulo, em 30-5-2011. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/Artigo.aspx?Art=17>>. Acesso em: 7 set. 2011.
- 166 DI MAURO, Renata Giovanoni. *Idem*.
- 167 DI MAURO, Renata Giovanoni. *Idem*.
- 168 A aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente transcende as varas da infância e da juventude.
- 169 Explica Roberto João Elias (*Idem*, p. 272): "Tais decisões são concernentes à entrada e à permanência de criança ou adolescente, desacompanhados dos pais ou responsáveis, em estádios, bailes, boates, casas de diversões eletrônicas e estúdios de cinema, de teatro, de rádio e de televisão, assim como em relação à participação em espetáculos públicos e certames de beleza".

170 Assim, segue a redação desse dispositivo: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela duração razoável do processo; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confissão; IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular".

171 Ressalte-se que, tratando-se de incapazes, há participação dos seus representantes legais, bem como do Ministério Público, na forma de fiscal da lei, se já não estiver atuando como o representante destes.

172 "Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei."

173 "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo."

174 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 199.

175 Tratando-se de deveres do magistrado, segue a redação do art. 141 do CPC: "O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte".

176 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 1. p. 200.

177 Dispõe o art. 143 do CPC: "O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte". Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias".

178 Op. cit., p. 201, nota 78.

179 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistemático de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 205-206.

180 BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, p. 206.

181 BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 141.

182 Corroborando-se com o aduzido, destaca-se o art. 6º do Estatuto, que apresenta a seguinte redação: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

183 BRANCHER, Naiara. Op. cit., p. 141.

184 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 20.

185 ELIAS, Roberto João. Op. cit., p. 18.

186 ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

187 BRANCHER, Naiara. Op. cit., p. 145.

188 STF, AI 583594/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 3-12-2009.

- 189 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 326-327.
- 190 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 113-114.
- 191 Colaborando com o exposto, segue a redação do art. 6º da Lei n. 8.069/90: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.
- 192 ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*, p. 212.
- 193 ISHIDA, Valter Kenji. *Op. cit.*, p. 258.
- 194 STJ, REsp 1.172.067/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 18-3-2010.
- 195 DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 1 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22622>>. Acesso em: 6 ago. 2011.
- 196 ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*, p. 212.
- 197 Item 3.1 desta obra.
- 198 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2. p. 455-456.
- 199 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 456-457.
- 200 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87. (Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona.)
- 201 Segue a redação do dispositivo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV – ninguém será privado da liberdade e dos seus bens sem o devido processo legal; [...]”.
- 202 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit.*, p. 100.
- 203 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 106-107.
- 204 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. p. 143.
- 205 BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, p. 149-150.