

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

CÂNDIDA DE MORAES BORGES

**A SEPARAÇÃO DE IRMÃOS NO CASO DE COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM
FAMÍLIA SUBSTITUTA PARA GUARDA E ADOÇÃO, CONFORME O ECA E
ARTIGO 28 §4º DA LEI 12010/2009: UM ESTUDO DE CASO REFERENTE AOS
AUTOS 004.09.004020-5 E 004.12.009206-2, QUE TRAMITARAM NA 3ª VARA
CÍVEL NA COMARCA DE ARARANGUÁ**

CRICIÚMA

2014

CÂNDIDA DE MORAES BORGES

**A SEPARAÇÃO DE IRMÃOS NO CASO DE COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM
FAMÍLIA SUBSTITUTA PARA GUARDA E ADOÇÃO, CONFORME O ECA E
ARTIGO 28 §4º DA LEI 12010/2009: UM ESTUDO DE CASO REFERENTE AOS
AUTOS 004.09.004020-5 E 004.12.009206-2, QUE TRAMITARAM NA 3ª VARA
CIVEL NA COMARCA DE ARARANGUÁ**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador(a): Prof.^a Rosangela Del Moro.

CRICIÚMA

2014

CÂNDIDA DE MORAES BORGES

**A SEPARAÇÃO DE IRMÃOS NO CASO DE COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM
FAMÍLIA SUBSTITUTA PARA GUARDA E ADOÇÃO, CONFORME O ECA E
ARTIGO 28 §4º DA LEI 12010/2009: UM ESTUDO DE CASO REFERENTE AOS
AUTOS 004.09.004020-5 E 004.12.009206-2, QUE TRAMITARAM NA 3ª VARA
CIVEL NA COMARCA DE ARARANGUÁ**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente.

Criciúma, 03 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rosangela Del Moro - Especialista – UNESC- Orientadora

Prof. Ismael Francisco de Souza - Mestre - UNESC

Prof. Marcus Vinícius Almada - Especialista - UNESC

A Deus, que sempre me concedeu saúde e sabedoria, guiando meus caminhos. À minha mãe Moramei, razão do meu viver.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, por ter me guiado em direção a uma área que serei realizada e por ter me protegido durante todo o curso, me dando forças, saúde, paciência e sabedoria.

Posteriormente aos meus pais e familiares, por serem as pessoas que sempre me motivaram, me incentivando a nunca desistir e buscar realizar todos os meus sonhos. Principalmente à minha mãe, Moramei, que com toda a sua paciência me acalmou nos momentos difíceis de desespero e cansaço.

À minha avó Carmem *in memoriam* que apesar de não estar mais presente fisicamente, sinto que sempre me iluminou e jamais me deixou sozinha.

Ao meu namorado, pela paciência, colaboração e todas as palavras de conforto.

A todos os colegas que passaram por minha vida nesses anos de aprendizado, todos contribuíram de alguma forma com a minha sabedoria e crescimento. Em especial a três pessoas que levarei eternamente em meu coração: Letícia Marques de Souza, Lúcia Formentin Corrêa e Nouara Nunes Gomes, que me proporcionaram ótimos momentos, desde risadas e choros, palavras de conforto e incentivo.

Às minhas demais amigas que apesar de não terem feito faculdade comigo estiverem sempre presentes em minha vida, me distraíndo e me alegrando nos momentos de tensão.

A todos os professores que estiverem presentes em minha vida acadêmica, pelos ensinamentos e toda a sabedoria contribuindo para minha formação. À banca examinadora por terem aceitado fazer parte desta importante etapa da minha vida acadêmica.

A minha professora e orientadora Rosângela Del Moro, que me acolheu desde o início do projeto, me apoiando, me passando segurança e fazendo com que eu acreditasse em mim mesma a cada dia que passou.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram durante o caminho que percorri para chegar até aqui.

“A vida psíquica do indivíduo não é apenas um fenômeno interno, mas também um processo que se modifica na interação com o mundo que circunda.”

Salvador Minuchin

RESUMO

De acordo com o artigo 28 §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os irmãos serão colocados em mesma família substituta sob guarda, tutela e adoção. O presente trabalho tem como problema de pesquisa a questão da violação do dispositivo mencionado. Seu objetivo geral é compreender os critérios judiciais para a adoção e guarda, quando há separação de irmãos, sob ótica do mesmo Estatuto. Apresentará especialmente os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da proteção integral. Analisará a possibilidade da colocação de apenas um dos irmãos em família substituta, bem como a possibilidade da separação de irmãos em família substituta, em confronto com os princípios mencionados. A primeira hipótese apresentada seria quanto à violação do dispositivo citado em caso de separação de irmãos. De outro lado a colocação de apenas um dos irmãos em família substituta, causando a separação de irmãos pode tornar-se exequível se considerados os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio da prioridade absoluta e a doutrina da proteção integral. Este trabalho foi dividido em três capítulos, no primeiro objetivou-se apresentar os marcos da história da criança e do adolescente, o conceito do direito da criança e do adolescente, e conceituar os principais princípios relacionados com este estudo de caso. O segundo capítulo trata-se do conceito de guarda e adoção, bem como seus requisitos. Por fim, o terceiro capítulo trata-se de um estudo de caso referente aos autos 004.09.004020-5 e 004.12.009206-2 que tramitaram na Comarca de Araranguá, sendo um de guarda e o outro de adoção.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Separação de Irmãos. Família Substituta. Guarda. Adoção.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
2.1 HISTÓRICO	13
2.2 CONCEITO	18
2.3 PRINCÍPIOS.....	19
2.3.1 Prioridade Absoluta	21
2.3.2 Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	23
2.3.3 Convivência Familiar.....	25
3 A FAMÍLIA SUBSTITUTA: GUARDA E ADOÇÃO	27
3.1 A FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	27
3.2 DA GUARDA	29
3.3 DA ADOÇÃO.....	34
4 A SEPARAÇÃO DE IRMÃOS QUANDO DA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E (IN) OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: ESTUDO DE CASO DOS AUTOS 004.09.004020-5 E 004.12.009206-2	41
6 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi editado a partir do artigo 24, XV da Constituição Federal para garantir o alcance da proteção integral necessária à infância e à juventude. Naquele, o artigo 1º refere à proteção integral da criança e do adolescente, baseando-se no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira e elevando ao máximo a garantia e a eficácia dos direitos da criança e do adolescente.

Mesmo com tantas garantias legais, todos os dias, é possível observar situações nas quais crianças e adolescentes são vitimizadas e negligenciadas, muitas vezes demandando ações ou soluções que nem sempre estão contempladas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este trabalho aborda uma dessas situações consideradas exceção, o caso de separação de irmãos, onde apenas uma das crianças é colocada em família substituta. Trata-se de um estudo de caso, cujo objetivo geral será compreender os critérios judiciais que determinam a colocação de criança em família substituta, separando-a dos demais irmãos, ou seja, contrariando o Estatuto da Criança e do Adolescente que determina que não poderão ser separados sob guarda, tutela e adoção.

Para atingir o objetivo proposto, far-se-á necessário estudar o direito da criança e do adolescente em especial os princípios do melhor interesse, o princípio da prioridade absoluta e o princípio da convivência familiar.

Na sequência estudar-se-á as modalidades de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas.

A questão problema que norteará esta pesquisa é se a separação de irmãos, nos casos de colocação em família substituta para adoção e guarda viola os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial o princípio da convivência familiar.

O trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo, abordará a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, bem como a evolução dos conceitos acerca deste tema. No segundo capítulo tratar-se-á dos conceitos de família substituta e requisitos e ainda, os princípios que devem reger as ações legais em torno de casos que envolvem crianças em adolescentes. E, por fim, no terceiro capítulo far-se-á a análise, propriamente dita, dos dados relativos ao caso de

separação de irmãos quando da colocação em família substituta e (in)observância do princípio do melhor interesse: estudo de caso dos autos 004.09.004020-5 e 004.12.009206-2.

O método a ser utilizado para realização da pesquisa será o método dedutivo, tratando-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com emprego de material bibliográfico e material legal, examinando as qualidades de um objeto de pesquisa, neste caso, um processo judicial de guarda e um de adoção, um estudo de caso, bem delimitado por dois processos, os quais tramitaram na 3ª vara cível da Comarca de Araranguá.

Na conclusão, poder-se-á encontrar discussões que subsidiem a compreensão dos critérios judiciais utilizados na conclusão de ambos os processos.

2 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O presente capítulo abordará sobre os principais aspectos históricos que as crianças e adolescentes percorreram até adquirirem seus direitos e garantias. Ademais, conceituará princípios que estão presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente destacando a importância de cada um deles no desenvolvimento de crianças e adolescentes.

2.1 HISTÓRICO

Após o descobrimento do Brasil, em 1530, suas terras começaram a ser povoadas. Nas embarcações rumo à Terra de Santa Cruz, crianças também embarcavam na condição de grumetes ou pagens; eram tratados como se fossem de menor valor dentre as pessoas que estavam presentes nas embarcações. Além disso, eram muitas vezes abusadas sexualmente durante as viagens, e aquela criança que era órfã era guardada e vigiada pelo menos até chegar à Colônia (RAMOS, 2000). Diante disso observa-se que as crianças não eram tratadas como seres humanos, eram tratados com indiferença.

As crianças eram consideradas grumetes, pois entre os séculos XIV e XVIII, ocorreu alta taxa de mortalidade infantil, a expectativa de vida das crianças era de 14 anos. Por isso, nessa época elas eram consideradas pouco, e acabavam sendo exploradas ao máximo enquanto durasse sua vida. Com a falta de mão-de-obra de adultos para servir à marinha, meninos carentes entre nove e 16 anos eram selecionados entre órfãos e famílias de pedintes para servir de grumetes nas embarcações lusitanas (RAMOS, 2000).

Apesar dos pais das crianças se assustarem com a alta taxa de mortalidade nas navegações, achavam vantagem colocar seus filhos ao alistamento, pois seria menos um para alimentar e, além disso, seus “miúdos” dariam para os seus pais os soldos que recebiam (RAMOS, 2000). Vale ressaltar que soldo era uma antiga moeda de ouro.

Ramos (2000) ainda aponta outro método muito trágico de grumetes para servirem as embarcações portuguesas. Crianças eram raptadas à força de seus pais, isso fazia com que sofressem muito. Além de obter mão-de-obra ocorria para manter sob controle o crescimento da população judaica em Portugal.

Pelo fato de os grumetes serem tratados como animais, serem submetidos ao trabalho mais pesado e terem péssimas condições de vida conseqüentemente doenças apareciam.

Ramos (2000) fala sobre a péssima condição de vida, e sobre algumas doenças que acabavam resultando, contando que a alimentação dos grumetes não passava de um tipo de ração de péssima qualidade, mas na maioria das vezes o alimento era um pedaço de biscoito velho e com mau cheiro, roído pelas baratas; a água também era precária, apodrecia nos tonéis, isso acabava resultando em diarreias. A fome e a fraqueza era imensa, apesar de que tinham permissão para pescar, devido às suas tarefas diárias acaba faltando tempo, o que restava então era recorrer aos ratos e baratas, como alimento. A falta de vitamina C também resultava em doenças, como o apodrecimento da gengiva.

Além das doenças adquiridas durante as longas viagens, a falta de higiene e falta de alimentos, os grumetes muitas vezes eram estuprados pelos marinheiros e às vezes pelos oficiais, com isso não tinham a que recorrer. Eles se sujeitavam a estas humilhações com a esperança de que valeria a pena passar por isso para ser um marinheiro, ou até mesmo chegar ao cargo de capitão (RAMOS, 2000).

Quanto a este período pode-se concluir que as crianças tinham apenas o corpo de crianças por serem tratados como adultos. Ademais, viviam péssimas condições em alto mar, enfrentavam piratas, sofriam maus tratos, mas ainda assim muitos não desistiam e chegavam vivos ao Brasil. Ramos (2000) afirma que este período foi uma história trágico-marítima.

Os jesuítas no Brasil quinhentista também marcaram a história da criança e do adolescente. Chegaram à América portuguesa em 1549 acompanhados de Tomé de Souza, que foi o primeiro governador- geral. Os padres da companhia de Jesus tinham como maior preocupação o ensino das crianças, já que ainda não tinham sido totalmente educados aos costumes e crenças do mundo em que viviam. Por isso os jesuítas queriam escrever neste “papel Blanco”, acreditando que assim poderiam escrever os costumes do catolicismo e mostrar às crianças que deveriam crer em Deus (CHAMBOULEYRON, 2000).

Além disso, tais cristãos tinham como missão civilizar estas terras, fazendo delas um paraíso cristão satisfazendo os desejos divinos. Nesse período pode-se dizer que as crianças constituíram uma nova cristandade, pois, os jesuítas

trouxeram novas práticas de aprendizado para a leitura e escrita em português, a fala e os bons costumes. Para o Padre Nóbrega, essas crianças ensinadas por essa doutrina acabariam “sucendendo seus pais” (CHAMBOULEYRON, 2000; CUSTÓDIO, 2009).

Como as aldeias eram diferentes das cidades, a ordem onde residiam os padres dependia das circunstâncias. No caso das aldeias os meninos aprendiam a doutrina na escola, juntamente com os ensinamentos, como ler e escrever, além da música que era importante tanto para o aprendizado da doutrina quanto para as participações de vida religiosa. (CHAMBOULEYRON, 2000).

Chambouleyron, (1999) e Custódio (2009) ainda descrevem sobre os castigos físicos que ocorriam quando alguma criança fugia da escola, por exemplo. Os padres viam tais castigos como uma forma de educar as crianças, e apesar de não serem rigorosos eles preferiam que fossem aplicados por alguém de fora da companhia.

As crianças acabavam sendo atraídas, pois os jesuítas tinham uma relação amorosa com elas. Diante disso os catequizadores queriam corrigir as crianças no sentido espiritual, buscando a superação dos vícios adultos e a educação para uma nova cristandade (CUSTÓDIO, 2009).

Pode-se afirmar então que os jesuítas intervieram na história das crianças no país, buscando uma nova prática de educação onde a fé e os bons costumes estivessem presentes, tornando-se indispensáveis para sua formação.

Custódio (2009) aponta que a escravidão também deixou marcas na história da infância brasileira, sendo que a maioria delas era explorada no século XIX. Aí então, em 1889 surge um interesse jurídico especial pela infância com a Proclamação da República, quando ocorre a abolição da escravidão e crianças andam pelas ruas dos centros urbanos em busca de alternativas para sua sobrevivência. Esse foi um dos motivos que o sistema de controle penal entra em ação com o intuito de as crianças terem um controle jurídico.

Apesar de o Código Criminal de 1830 ter tratado da menoridade penal, instaurado o regime republicano, os juristas e legisladores buscaram elaborar um Código Penal que estivesse de acordo com a situação que o país estava. Tal Código não considerava criminoso “os menores de nove anos completos” e os “maiores de nove anos e menores de 14, que obrarem sem discernimento”. Aqueles que tivessem entre 9 e 14 anos agindo conscientemente eram recolhidos a

estabelecimentos industriais, pelo tempo que o Juiz entendesse necessário. Isso ocorria para ter fins pedagógicos, não sendo visto apenas como o encerramento numa instituição de correção mas sim com fins de aprendizado naquelas indústrias (SANTOS, 1999).

Segundo Santos (1999) o novo Código não fazia distinção entre os gêneros. Por isso houve algumas críticas, com o argumento de que a mulher não tinha a mesma mentalidade que o homem, sendo inferior e deixando a entender que ela era submissa ao homem.

Além de estas crianças começarem a trabalhar muito cedo licitamente em indústrias e no comércio, elas também trabalhavam ilícitamente quando o trabalho lícito não era o suficiente para o seu sustento. As meninas muitas vezes se prostituíam à noite, os meninos furtavam e até mesmo participavam de quadrilhas. Tal criminalidade infantil estava quase sempre condicionada ao crime de “vadiagem” (SANTOS 1999).

Diante disso, com as idéias positivistas e do movimento higienista, o Estado visou garantir o futuro do país. Era entendido que a criança seria o futuro do país, por isso deveriam ser corrigidas naquele momento para se tornarem bons adultos através de medidas especializadas (CUSTÓDIO, 2009).

Através da criminalização surgiu o controle social das classes. O Instituto Disciplinar em 1902 para “menores delinqüentes” marcam a nova estrutura institucional, onde “pequenos mendigos, vadios, viciosos, abandonados, maiores de 9 e menores de 14 anos” deveriam permanecer até completarem 21 anos. Depois de um período de adaptação eles trabalhavam na agricultura, faziam ginástica, estudavam e eram educados de uma forma diferente para voltar a sociedade com uma nova doutrina (CUSTÓDIO, 2009; SANTOS, 1999).

Custódio (2009) afirma que no século XX foram criadas iniciativas públicas e privadas visando atender as necessidades das crianças. Além disso, o Período da Primeira República também trouxe benefício às crianças, com uma legislação que tratava sobre a assistência que as crianças precisariam ter. Este modelo republicano dava a responsabilidade aos Estados de legislar sobre as políticas, controlando assim a menoridade.

A proposta do primeiro Código de Menores do Brasil inicia-se com o Decreto 5.083, de 1º de dezembro de 1926 onde a Doutrina do Direito do Menor aparece com uma visão mais organizada. Tal código surgiu para educar mais as

crianças deixando de reprimi-las, através de práticas psicopedagógicas. Pois, até então a criança aparecia apenas no Código Penal onde havia concepções de culpabilidade, punições, entre outros (CUSTÓDIO, 2009).

Em 1941 foi criado o Serviço de Assistência a Menores deixando de existir os institutos de internamento dos “menores”, visando protegê-los. Apesar de o Código de Menores visar solucionar os problemas essenciais a uma organização social, o Estado foi frequentemente incapaz de elaborar políticas públicas, mantendo a repressão. Ademais, com base em seus interesses econômicos estimulou a inserção de crianças ao trabalho. (CUSTÓDIO, 2009).

Em 1º de dezembro de 1964 foi criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) para orientar, coordenar e fiscalizar as entidades executoras da política nacional. A Doutrina já apresentava irregularidades, pois, o Estado se comprometia apenas em oferecer as “necessidades básicas” ao menor. Ademais, oferecia tais necessidades através do pressuposto de marginalização (CUSTÓDIO, 2009).

Custódio (2009) ainda aponta que o Estado não tinha interesse em prover o devido atendimento, mas tinha interesse em manter o controle absoluto. O menor era associado como um problema, assim o problema não era a família, a sociedade ou o Estado. Ao invés ser o país capitalista, era a própria vítima.

Custódio (2009) e Amin (2010) ainda mencionam outro marco histórico sobre a negação dos direitos da criança, afirmando que em 10 de outubro de 1979, através da Lei 6.697 foi instituída a Doutrina do Menor em Situação Irregular, também denominada Código de Menores. Tal Código teria como disciplina jurídica a “assistência, proteção e vigilância a menores.” Limitavam-se a aqueles que se enquadravam no modelo de situação irregular que estavam expressos no artigo 2º da lei mencionada:

Art 2º. Para 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 (BRASIL, 2014).

O menor estaria privado da proteção e assistência que necessitava, como a saúde e instrução obrigatória. Por mais que existissem medidas de assistência e proteção, as crianças ainda eram consideradas objetos de proteção e não de garantias, pois, muitas vezes eram levadas para internatos sem preocupações com o vínculo familiar, até mesmo porque crianças sem famílias eram consideradas em situação irregular. Com isso observa-se que não houve grandes mudanças com relação ao modelo anterior (CUSTÓDIO, 2009; AMIN, 2010).

É importante ainda destacar quanto a este período que, existia uma visão estigmatizada do conceito de “menor”, garantias oferecidas à sociedade contra a infância, entre outros. Tal legislação não se preocupava com a prevenção e sim do conflito instalado. Com isso, os juízes por mais de dez anos tomaram decisões subjetivas através de discriminações e desinformações, pela falta de viabilidade para analisar os conflitos (CUSTÓDIO, 2009; PEREIRA, 2008).

Então a Situação Irregular poderia ser considerada como uma doutrina não universal, restrita, de forma quase absoluta, a um limitado público de infanto-juvenil. Porém, a proteção integral absorve os valores colocados na Convenção dos Direitos da Criança trazendo o Direito da Criança e do Adolescente (AMIN, 2010).

2.2 CONCEITO

Rossato, Leporé e Sanches (2013) apontam que o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei n° 8.069/90, estabelece normas de proteção à infância e à juventude. Ademais a palavra código lembra a ideia de punições, diferente da palavra estatuto que visa proteger a criança e o adolescente.

O Direito da Criança e do Adolescente surge a partir da indignação de muitas pessoas, pela forma nas quais crianças e adolescentes foram tratados na história pela legislação brasileira. Tal direito está em primeiro lugar na Constituição

Federal, onde declara em seu artigo 227 os direitos especiais da criança e do adolescente (VERONESE, COSTA, 2006).

A Doutrina da Proteção Integral foi adotada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visando proteger integralmente e efetivar os direitos das crianças e dos adolescentes. Estes direitos são universais, não podendo mais se ter a ideia do Código de Menores onde eram tratados com diferenças. Assim, são priorizadas todas as crianças. (VERONESE, 2006)

A família, a sociedade e o Estado ficaram responsáveis em assegurar este direito. O Estatuto da Criança e do Adolescente criou Conselhos onde a política ficou centralizada garantindo a criança e ao adolescente prioridade absoluta, lembrando que ambos necessitam de cuidados especiais tendo em vista que estão em desenvolvimento, independente da condição social (LIBERATI, 2007; VERONESE, 2006).

O artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente expressa que as crianças e adolescentes são titulares de direito a liberdade, respeito e dignidade. Quanto à liberdade é importante que a criança e o adolescente tenham para tomar decisões na medida em que favoreça seu desenvolvimento moral, entendendo que deve ter autonomia, mas que a família poderá interferir em suas vidas limitadamente. Também é importante destacar o respeito que devem ter, pois na fase de desenvolvimento devem ser respeitados seus sentimentos (VERONESE, 2006).

Contudo, a Doutrina da Proteção Integral garante que as crianças e o adolescente devem ser tratadas com prioridade; o melhor interesse dos mesmos deve estar presente, devendo a família e a sociedade prestar os cuidados especiais a eles; a família é responsável por prestar a assistência necessária para a criança e o adolescente desenvolverem seus papéis na sociedade quando tiverem idade apropriada (VERONESE, 2006). Ademais, tal Doutrina está expressa em diversos artigos do ECA.

Veronese (2006) conceitua o Direito da Criança e do Adolescente como a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, devendo ser tratados com prioridade absoluta por estarem em desenvolvimento.

2.3 PRINCÍPIOS

Primeiramente é importante destacar que o conceito de princípio constitucional tem relação com os princípios no direito, pois, o princípio constitucional junta sua força teórica e normativa no Direito enquanto ordem jurídica. O termo princípio é utilizado em várias áreas do saber humano como na Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito, além disso, outros campos utilizam essas categorias para estruturar um conjunto de conhecimentos que estão juntos na própria esfera de investigação de cada uma dessas áreas. (ESPÍNDOLA, 1998).

Espíndola (1998), partindo da ideia de outros autores, conclui que independente do campo que se tenha em mente os princípios são uma estrutura de um sistema de ideias, pensamentos ou normas que partem de um pensamento chave, onde as demais ideias derivam, se reconduzem ou se subordinam.

Para compreendermos a aplicação de princípios no direito é necessário esclarecer alguns pontos quanto ao positivismo jurídico. A aplicação de princípios no direito contemporâneo pressupõe uma mudança do pensamento positivista, ou seja, se o direito é um mundo fechado de regras tudo que não está em nosso ordenamento jurídico não é considerado direito. Aí então surge a dúvida de como um julgador agiria nos casos em que não tem previsão no regramento jurídico. Para um positivista a resposta seria a extinção do caso sem julgamento do mérito (PEREIRA, 2012).

Ocorre que, na sociedade contemporânea, surgem novas situações em que o regramento jurídico pode não apresentar respostas. Nos dias atuais, nas relações jurídicas o sujeito é mais importante que o objeto, pois, o Direito gira em torno das pessoas e das situações jurídicas que ocorrem no cotidiano. Os princípios atuam além do comando das normas da Constituição, eles expressam as opções de políticas fundamentais e éticas sócias de um Estado e Sociedade. Além de expressarem uma natureza jurídica, expressam também uma natureza política, ideológica e social (ESPÍNDOLA, 1998; PEREIRA, 2012).

De acordo com Espíndola:

Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há que se negar ao princípio constitucional a sua natureza de norma, *de lei*, de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito (1998, p. 75).

Com tais mudanças o positivismo tornou-se insuficiente, pois as regras não fizeram frente nas situações hermenêuticas. Assim a jurisprudência brasileira

decide fatos que ainda não estão expressos em regras jurídicas, aplicando os princípios aos casos concretos atribuindo ao julgador de acordo com a sociedade e a Constituição. Ademais, os princípios tornaram-se fundamentais no ordenamento jurídico (PEREIRA, 2012).

Por fim, os princípios ultrapassam a concepção positivista, porque ele viabiliza o alcance da dignidade humana observando o sujeito e sua realidade, não apenas seguindo um sistema de regras neutro. Eles têm grande força normativa para chegar o mais próximo possível da justiça, podendo então afirmar que os princípios têm um sentido mais relevante que a regra jurídica, pois dão sustentação Direito (PEREIRA, 2012).

Contudo, os princípios importantes para o desenvolvimento do presente trabalho são: princípio da prioridade absoluta, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e princípio da convivência familiar.

2.3.1 Prioridade Absoluta

Trata-se de um princípio constitucional estabelecido pelo artigo 227 da Constituição Federal com previsão no artigo 4º da Lei 8.060/90:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 2014).

Diante do artigo citado, é importante destacar que é apenas uma exemplificação, pois representa o mínimo de situações em que deve ser assegurada a preferência a Criança e o Adolescente.

De acordo com Liberati (2007, p.16, grifo do autor):

O atendimento prioritário dos direitos infanto-juvenis foi firmado, primeiramente, no art.3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ao estabelecer que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar

social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar *primordialmente (com prevalência)*, o interesse maior da criança”.

A prioridade assegurada às crianças e os adolescentes é uma garantia vinculada à ordem jurídica mais expressiva, a fim de assegurar a eficácia desses direitos. Essa prioridade é importante, pois eles precisam de cuidados especiais por ser mais frágeis e por estarem em uma fase que se completa sua formação com riscos maiores (LIBERATI, 2007). Os adultos, por exemplo, não necessitam dos mesmos cuidados que a criança ou um adolescente, pois estes correm mais riscos.

Tal princípio estabelece que as crianças e os adolescentes tenham prioridade em todas as esferas, desde no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Por exemplo, um administrador precisa decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, sem dúvidas deve optar pela primeira, tendo em vista que a prioridade em favor das deles são constitucionalmente assegurados. Para concordar com o legislador, temos que pensar que o futuro do país são as crianças e não os idosos (AMIN, 2010).

Custódio (2009) aponta que para os direitos fundamentais serem efetivos as políticas públicas precisam alcançar um patamar diferenciado das práticas durante a história na tradição brasileira.

O objetivo deste princípio é de realizar a proteção integral assegurando a prioridade, pois assim os direitos fundamentais serão concretizados. Vale ressaltar que essa primazia deve ser assegurada por todos: família seja natural ou substituta; a comunidade pelas proximidades que tem através de vizinhos, membros das escolas e igrejas; a sociedade em geral; e também pelo Poder Público, seja legislativo, judiciário ou executivo (AMIN, 2010). No mesmo sentido Liberati (2007):

Por fim, ressalta-se que a aludida prioridade não é obrigação exclusiva do Estado; o texto constitucional convoca a família e a sociedade, para que, em suas respectivas atribuições, imprimam preferencial cuidado em relação às crianças e adolescentes.

Pode-se concluir que apesar de o Estado de Direito buscar igualdade de todos perante a lei, o tratamento às crianças e adolescentes deve ser diferenciado. De acordo com Liberati (2007) a primazia a eles não fere o princípio da igualdade perante a lei, porque prepõe uma nova condição especial daqueles sujeitos de direitos.

2.3.2 Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Quanto à origem histórica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é importante destacar que seu paradigma foi modificado com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que adotou a doutrina da proteção integral, sendo ampliado o público infanto-juvenil e também nos assuntos de natureza familiar. Antes disso, por haver limitações, estava em situações irregulares (AMIN, 2010).

Para Pereira (2012) antes de definir o conceito deste princípio, é importante ressaltar que ele só pode ser definido no caso concreto, isso devido às variações culturais, sociais e axiológicas. Ou seja, o que é melhor para a criança e o adolescente só pode ser averiguado dependendo da situação real em que ele se encontra.

Amin (2010) ainda destaca que tal princípio é visto como uma garantia aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Os direitos fundamentais estão expressos no artigo 227 da nossa Constituição:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2014).

O artigo citado também faz referência ao princípio da prioridade absoluta como já foi dito no presente trabalho, lembrando que a criança e o adolescente necessitam de cuidados especiais, estabelecendo os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente normas protetivas a eles.

Partindo desta linha de pensamento, este princípio é relacionado aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, ou seja, mesmo que os adultos sejam responsáveis, a criança e o adolescente têm interesses. Eles tem o interesse de chegar à vida adulta com as melhores condições fundamentais, diante disso, os responsáveis são limitados.

Pereira (2012) aponta algumas circunstâncias em que se confere lugar de destaque ao melhor interesse da criança e adolescente, dando o exemplo das disputas de guarda e na fixação do direito de visitas. O que ocorre, é que muitas

vezes os filhos são utilizados como moeda de troca, pois os pais não conseguem diferenciar o fim da família conjugal da família parental naquelas situações em que está havendo uma relação mal resolvida entre eles. Diante disso a ordem jurídica percebeu a necessidade de separar essas duas figuras de família, tanto que o cônjuge que deu causa à separação pode ser o mais adequado para garantir os direitos fundamentais e o bem estar à criança e ao adolescente.

Quanto à questão de guarda e adoção é perceptível que o melhor interesse da criança e do adolescente ocorre quando os genitores zelam e educam de maneira saudável.

Essa ideia de perspectiva de melhor interesse é um critério ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente, devendo a família, a sociedade e o Estado lembrar-se disso em todas as oportunidades em que crianças e adolescentes tiverem envolvidos (CUSTÓDIO, 2009).

É importante destacar quanto a esse princípio que em determinadas situações a guarda da criança e do adolescente poderá ser de homossexuais. Caso isso ocorra o preconceito deve ser derrubado, lembrando que o melhor interesse refere-se aos bons cuidados e ensinamentos. Caso ocorra preconceito, o destino da criança e do adolescente poderá ser prejudicado (PEREIRA, 2012).

Por fim, podemos concluir que este princípio busca zelar pelo interesse da criança e do adolescente, na sua boa formação moral, social e psíquica. Primeiramente eles devem ter direito a uma família conforme consta em nossa Constituição Federal, lembrando sempre que o que importa é o bem estar da criança e do adolescente (PEREIRA, 2012).

Ocorre que, na prática muitas vezes o princípio não é aplicado como deveria ser, pois, os profissionais que atuam nessa área esquecem que o sujeito da proteção integral é a criança e o adolescente. Eles acabam forçando uma reintegração do sujeito com os pais biológicos, por exemplo, quando muitas vezes ele poderia estar com um tio ou uma tia, ou até mesmo em família substituta sendo mais protegido. Com isso a criança e o adolescente acabam ficando sem os cuidados necessários, como afeto, carinho e amor, tornando-se assim “desabrigados” (AMIN, 2010). Se pararmos e analisarmos, esta situação estaria violando o direito fundamental à Convivência familiar.

Por fim, Amin (2010) afirma ainda que devemos efetivar a proteção constitucional que as crianças e os adolescentes tem, devendo os atores da área da infanto-juvenil estar cientes que o importante é o bem estar daqueles.

2.3.3 Convivência Familiar

Primeiro é importante termos uma noção atual de família. O artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente define família natural como a comunidade natural formada pelos pais e filhos, e também formada por qualquer um deles e sua prole. Pode-se perceber que este artigo faz referência à família consanguínea. Quando à família oriunda da adoção está expresso na Constituição Federal em seu artigo 227, §6º (MACIEL, 2010).

Maciel (2010) ainda aponta outra modalidade de família. As famílias recompostas são aquelas em que um ou ambos do casal já tiveram filhos de um vínculo anterior. Nos dias de hoje é comum pessoas divorciadas, constituírem uma nova família. Com isso é importante que padrastos e madrastas tenham um bom vínculo com seus enteados, pois muitas vezes são substituídos pelos genitores, formando assim famílias plurais ou mosaicos. Vale ressaltar que o convívio homoafetivo também pode gerar uma família, apesar de não haver uma lei específica regulamento esta situação.

A família extensa ou ampliada foi reconhecida com a Lei nº 12.010/2009, sendo aquela em que a criança e o adolescente não têm vínculo afetivo apenas com seus pais, mas também com seus parentes próximos. Ademais é importante destacar que o vínculo que uma criança ou adolescente possam ter com alguém não necessariamente precisa ter parentesco consanguíneo, pois, muitas vezes a partir da convivência, sentimentos e pensamentos que estes têm podem constituir uma união em razão do convívio diário. Esta interpretação feita acerca do vínculo é a que mais se encaixa com o Estatuto da Criança e do Adolescente (MACIEL, 2010).

Ainda sobre a conceituação de família, Maciel (2010) comenta que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal preveem que os filhos menores de 18 anos sejam criados por sua família natural. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressa que se torna inadmissível a criança e o adolescente conviverem com uma família onde os pais sejam dependes

químicos, por exemplo. Por fim, em qualquer modalidade de família devem existir solidariedade, afeto, respeito e carinho.

Com a conceituação de família podemos agora conceituar a garantia da convivência familiar para toda criança e adolescente.

Para Liberati (2007), Custódio (2009) e Maciel (2010) o artigo 227 da Constituição Federal considerou a Convivência Familiar um direito fundamental da criança e do adolescente. Destacam ainda o artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente que expressa “que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (BRASIL, 2014).

Custódio (2009) destaca que o Direito da Criança e do Adolescente foi ampliado ao estabelecer que o interesse maior na relação entre familiares é o direito fundamental de toda criança e adolescente conviver em família. Ademais se percebe que está presente o princípio do melhor interesse como forma de desenvolvimento. Quanto a este desenvolvimento Liberati (2010) afirma que a família é o agente socializador, pois, na ausência desta, compromete-se o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Então, podemos conceituar a convivência familiar como um direito fundamental onde toda a criança e adolescente possam receber afeto e cuidados. Lembrando que não importa se a família é biológica ou substituta, todas as crianças e adolescentes tem esse direito que é essencial. Tal direito é definido como personalíssimo, intransferível, inalienável e imprescritível (LIBERATI, 2007; MACIEL, 2010).

Os responsáveis pelo sustento, guarda, educação e desenvolvimento integral são os pais, não só por deterem o poder familiar. E sim porque ambos devem concretizar os direitos expressos no artigo 227 da Constituição Federal. Caso ocorra discordância em relação ao exercício do poder parental, o pai ou a mãe da criança e do adolescente poderá solicitar auxílio à autoridade judiciária para resolver o conflito (LIBERATI, 2007).

É importante destacar uma inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionada à proibição de utilizar a condição financeira dos pais como indicador que autorize a suspensão ou perda do poder familiar. Lembrando sempre que a criança e o adolescente têm prioridade absoluta, independente das condições

econômicas da família. Aí então surge a responsabilidade subsidiária do Poder Público em garantir os recursos necessários para que a criança e o adolescente não tenham que deixar suas famílias. Existem programas de apoio sociofamiliar que são responsáveis pelas garantias deste direito, que deverão ser oferecidos no município. Por isso, não há o que se falar em retirar a criança e o adolescente da família por falta de condições econômicas (CUSTÓDIO, 2009; LIBERATI, 2007).

Custódio (2009) e Liberati (2007) concluem que a prioridade da criança e do adolescente é de ficar com sua família natural. Para que ocorra a suspensão ou perda do poder familiar, deve ocorrer por uma decisão tomada pelo poder judiciário. Ademais, só acontecerá quando não houver mais recursos para manter a proteção da criança e do adolescente. Assim, a família substituta só será chamada nos casos em que se torna impossível os pais exercer o poder familiar, colocando em risco a criança e o adolescente. Vale ressaltar que as modalidades de família substituta são: guarda, tutela e adoção.

Na sequência serão apresentadas as modalidades de familiar substituta que são indispensáveis no presente trabalho.

3 A FAMÍLIA SUBSTITUTA: GUARDA E ADOÇÃO

No presente capítulo conceituar-se-á a família substituta, abordando quando a mesma ocorre e quais são suas modalidades. Será apresentada a modalidade de guarda e adoção indispensáveis para a conclusão do presente trabalho.

3.1 A FAMÍLIA SUBSTITUTA

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 asseguram a toda criança e a todo adolescente a convivência familiar, crescendo junto à sua família natural. Portanto, a permanência da criança ou adolescente junto a seus pais biológicos é a regra (MACIEL, 2010).

Maciel (2010) aponta que existem algumas situações em que para a criança ou adolescente terem um bom desenvolvimento devem ser distanciados de seus pais provisória ou definitivamente. A família que mesmo com auxílios, não

atende as necessidades daqueles é chamada de família disfuncional, ficando inadequada para cumprir sua posição parental. Assim, a criança ou o adolescente será colocado em família substituta onde terão suas necessidades supridas, e o bom desenvolvimento.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “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” (BRASIL, 2014).

Conforme tal artigo pode-se perceber que existem três modos de colocação em família substituta: a guarda e a tutela que poderão ser conferidas às pessoas até os 18 anos, e a adoção não existindo idade quanto à pessoa adotanda (ISHIDA, 2014; MACIEL, 2010).

Dias (2013) menciona que a colocação de crianças em família substituta tem caráter excepcional, garantida a convivência familiar e comunitária.

Observando o artigo 19 já mencionado, se pode perceber claramente que a criança ou adolescente tem o direito de ser criado em sua família biológica. Antes de chegar à família substituta é trabalhada a ideia da família ter condições de manter o filho ou então de outra forma, procurando algum familiar que o queira. Ou seja, a família extensa é a prioridade, conforme artigo 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso muitas vezes a criança ou adolescente fica em abrigos muito tempo, onde poderia estar ganhando afeto de alguma outra família (BRASIL, 2014; DIAS, 2013).

Um ponto importante quanto à colocação da criança ou adolescente em família substituta é com relação a sua oitiva. Será necessário o consentimento dos maiores de 12 (doze) anos de idade em audiência. O juiz e o Ministério Público deverão estar presentes (SANTOS, 2011; ISHIDA, 2014).

Ishida (2014), Rossato, Lépre e Sanches (2013) ainda apontam sobre os critérios para a colocação da criança ou adolescente em família substituta. Conforme o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, portanto o primeiro requisito é o grau de parentesco, devendo ter prioridade a família extensa. Caso não seja possível os prioritários como irmãos, tios e avós, as pessoas que tem mais afinidade com a criança ou adolescente deverão ter prioridade. Mas, se essas pessoas forem incompatíveis, outras pessoas serão responsabilizadas legalmente. Nos casos de

adoção as providências serão tomadas junto à Vara da Infância e Juventude. Deverá haver a preparação antes da adoção e posteriormente o acompanhamento pela equipe interprofissional.

O artigo 28 §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente menciona quanto à separação de irmãos em família substituta. Ficando claramente expresso que os irmãos não poderão ser separados sob guarda, tutela e adoção, salvo comprovado o risco, abuso ou outra situação comprovada. Ademais, conforme o mesmo dispositivo isso ocorre para evitar que os vínculos fraternais não sejam rompidos.

Maciel (2010) aponta que as obrigações que as famílias substitutas têm são indelegáveis e irrenunciáveis enquanto não for decretada sua perda ou destituição.

Outro artigo que comporta menção é o artigo 30, que diz respeito a não admissão da transferência de criança ou adolescente a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial. Há uma exceção, em casos de urgência os abrigos podem acolher aqueles e logo comunicar a vara da Infância e da Juventude (ISHIDA, 2014).

Assim, é perceptível que para a colocação de criança e adolescente em família substituta estes requisitos terão que ser cumpridos, buscando sempre resultar no melhor a eles.

3.2 DA GUARDA

A guarda é uma das modalidades de família substituta, estando expressa no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde o detentor tem o compromisso de prestar assistência material, moral e educacional a criança e adolescente. Ainda confere-se a ele o direito de opor-se a terceiros, para regulamentar a posse de fato daqueles (MACIEL, 2010).

Liberati (2007) define a guarda como natureza jurídica de *múnus público*, sendo deferido pela autoridade judiciária às pessoas que preencherem os requisitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir de 1.950 a guarda deixa de ser vinculada apenas ao poder familiar. Inicialmente ela é vinculada ao pátrio poder, mas poderá ser transmitida a terceiros, ou seja, a guarda poderá existir sem o poder familiar (ISHIDA, 2014;

ROSSATO; LEPORÉ; SANCHES; 2013; RIZZARDO, 2011).

Ishida (2014) e Dias (2013) apontam que nos casos de separação judicial muitas vezes os pais não entram em um acordo devido ao abalo que uma separação causa. Com isso a lei n° 11.698 de 13 de Junho de 2008 alterou dois artigos do Código civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (BRASIL, 2014).

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. (BRASIL, 2014).

Assim, unilateral conforme o artigo citado é a responsabilização pela criança e adolescente de apenas um dos genitores ou alguém que o substitua. Já a guarda compartilhada é uma responsabilidade conjunta entre o pai e a mãe que não vivam no mesmo lar, ambos devem exercer os direitos e deveres do pátrio poder (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES; 2013).

Quando ocorre o divórcio os pais deixam de cumprir com seus deveres parentais conjuntamente. Assim, acaba ocorrendo uma separação de encargos, pois, o filho acaba ficando mais tempo com um dos genitores não tendo a mesma aproximação com os dois genitores. A guarda conjunta ou compartilhada tem o intuito de garantir o vínculo afetivo e físico com ambos os pais mesmo ocorrendo o rompimento do convívio. Ademais, tal guarda permite que a criança ou adolescente sejam educados por ambos, afinal, o convívio apenas nos momentos de visita não permite isso (DIAS, 2013).

Liberati (2007, p. 32) afirma que:

A responsabilidade paterna não se extingue pelo deferimento da guarda a

um dos cônjuges ou companheiros, no momento da separação. A atividade conjunta dos pais nada mais é do que a continuação da relação filhos/pais após a ruptura da sociedade conjugal, ou seja, embora ao exista mais a sociedade conjugal, permanece a "sociedade parental".

Assim, observamos que os pais que rompem um vínculo entre eles, não devendo romper vínculos com os filhos.

Dias (2013) aponta que a guarda compartilhada tem como fim garantir o interesse dos filhos levando à pluralização das responsabilidades, tendo os genitores a responsabilidade de forma igualitária. Mantendo assim, a afetividade e as responsabilidades diárias.

É importante ressaltar que o compartilhamento da guarda dos pais com a família substituta também pode ocorrer. Maciel (2010) aduz que é possível compartilhar a guarda entre terceiro e os pais biológicos de menores de 18 anos. Isso ocorre quando o novo cônjuge de um dos pais requerer a guarda do enteado. Assim, a guarda ao genitor é mantida sendo complementada com a guarda compartilhada do padrasto/madrasta.

O juiz não poderá determinar o compartilhamento caso os genitores se manifestam pela guarda unilateral. Quando for exercida unilateralmente, caberá ao outro genitor o direito de visitas e a fiscalização da manutenção e educação que o filho esteja recebendo do genitor guardião (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013; DIAS, 2013).

Contudo, também será permitida a guarda a terceiros considerada sempre provisória, partindo do pressuposto que a criança deverá ser devolvida para a sua família de origem, salvo se a mesma for encaminhada para uma família substituta definitiva (ISHIDA, 2014; ROSSATO; LEPORE; SANCHES, 2013; RIZZARDO, 2011).

De acordo com o artigo 1.634, II, do CC:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
II - tê-los em sua companhia e guarda; (BRASIL, 2014).

Diante das considerações, é de suma importância ressaltar que a guarda está inicialmente vinculada ao poder familiar.

Destarte, o poder familiar está ligado quase que exclusivamente com grandes responsabilidades advindas dos genitores perante seus filhos. Desta forma, verifica-se que a mudança de uma criança ou adolescente para uma nova família, ou

seja, família substituta equipara-se conseqüentemente ao poder familiar originário. É importante mencionar que a guarda como modalidade de família substituta só existirá quando os detentores da criança e do adolescente deixarem de cumprir seus deveres de guarda, deixando de zelar a criança ou adolescente. (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013).

Maciel (2010) afirma que a guarda é coexistente ao poder familiar, não ocorrendo mudança de autoridade que os genitores têm, e sim destacando a guarda e a responsabilidade que tem diante a criança ou adolescente.

Na mesma linha de pensamento Rossato, Lépoire e Sanches:

Assim, vale a advertência que *guarda*, no direito, é termo equívoco. Existe o *dever de guarda*, que é inerente ao exercício do poder familiar, previsto nos arts. 1.566, IV; 1.583 e 1.584, *caput*, todos do CC/2002, e a *modalidade de colocação em família substituta* sob a forma de guarda, positivada nos artigos arts. 34 a 36 do Estatuto e no § 5º do art. 1.584 do CC/2002, e que só surge quando o *dever* de guarda é descumprido pelos exercentes do poder familiar (2013, p. 187, grifo do autor).

Para Rizzardo (2011, p. 492):

A guarda envolve certa autoridade ou um poder de controle, na pessoa e na conduta do menor. Além disso, assegura o direito de estabelecer seu domicílio legal, de permitir que permaneça com terceira pessoa, de orientar e impor o comportamento, de restringir as relações sociais, de obrigar a formação escolar e profissional.

Fica claro que a criança ou o adolescente é retirado de situação de risco, onde o guardião tem o dever de prestar assistência ao mesmo. Ademais a guarda para terceiro não destitui o poder familiar dos pais naturais, apenas é transferida a posse física da criança ou adolescente para ter o zelo do guardião (MADALENO, 2013).

Assim, a guarda tem um caráter de regularização da criança ou adolescente, estando com terceira pessoa antes de ser adotado. Mas nem sempre após a guarda existirá uma tutela ou adoção (RIZZARDO, 2011).

A guarda poderá ser deferida liminarmente ou incidentalmente. Nestas hipóteses defini-se a guarda provisória aos interessados que requeiram a tutela ou adoção pretendendo proteger rapidamente a criança ou o adolescente. Tal guarda é deferida por tempo determinado pelo juiz, podendo também ser deferida nos processos de adoção onde é entregue um termo de guarda provisória aos detentores para darem início à convivência com a criança. (ISHIDA, 2007; MACIEL,

2010).

Embora a guarda seja sempre precária, além de ser provisória pode ainda ser dividida em definitiva, esta a partir de uma sentença que extingue o feito com resolução do mérito deferindo o pedido do autor referente à guarda. Ainda é importante destacar que a guarda definitiva não faz coisa julgada, sendo possível modificar a decisão quando o guardião não estiver cumprindo seu papel (MACIEL, 2010; RIZZARDO, 2011).

Conforme o artigo 33 em seu § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente existem situações excepcionais em que será concedida a guarda fora dos casos de tutela e adoção, tais situações são aquelas em que um guardião deve suprir a falta dos pais. Aqui podemos citar, como exemplo, a criança e o adolescente que é abandonado ou que os pais tenham falecido (DIAS, 2013; LIBERATI, 2007; RIZZARDO, 2010).

Ainda no artigo 33, §4º do Estatuto mencionado, sendo deferida a guarda a terceiros os pais terão o direito de visita, tratando de um deve-ser de acordo com os princípios da dignidade humana e da afetividade (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013).

Ademais, os pais tem o dever de prestar alimentos devendo o interessado ou o Ministério Público pedir tal regulamentação. O direito a visita será impedido caso o magistrado determine de forma bem fundamentada sua decisão, como exemplo pode-se citar os casos em que a criança ou o adolescente sofreu violência doméstica. Outra exceção é no caso de guarda preparatória, onde a criança está sendo preparada para ser adotada (ISHIDA, 2014).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 166 ainda traz a possibilidade de a guarda ser concedida a terceiro mediante a entrega consensual pelos pais naturais. Portanto há posicionamento diferenciado, entendendo que a anuência dos pais biológicos não basta, e é sem caráter satisfativo. O consentimento dos pais é necessário, a não ser que já tenham sido destituídos do poder familiar (MACIEL, 2010; RIZZARDO, 2011).

A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, lembrando que ela tem caráter precário, podendo o juiz determinar que a criança volte a viver com os pais. O Ministério Público deverá ser ouvido e o magistrado decidirá de forma fundamentada a revogação (DIAS, 2013; RIZZARDO, 2011). No mesmo entendimento Rossato, Lépre, Sanches (2013, p.189, grifo do autor) entendem que

“é correto afirmar-se que *a sentença proferida em ação de guarda faz coisa julgada material e não meramente formal*. Contudo, como se trata de relação jurídica continuativa, a prevalecer o interesse da criança e do adolescente, está sujeita a revisão, desde que alterados os fatos”.

Quanto à competência tratando-se de guarda em família substituta, a competência para julgamento é do Juiz da Infância e Juventude, já a guarda nos casos de separação dos cônjuges será julgada pelo Juiz da Vara da Família (LIBERATI, 2007).

Contudo, existem diferentes modalidades de guarda, devendo ser sempre provisória e atendendo todas as necessidades para o bem-estar da criança e do adolescente. Seja com o pai ou a mãe, seja com ambos, seja fora do pátrio poder ou até mesmo com um dos pais e o novo cônjuge.

3.3 DA ADOÇÃO

Desde os primórdios a adoção já existia no sistema jurídico dos povos. Tinha a finalidade de dar filhos às famílias que não podiam tê-los, bem como de perpetuar os antepassados (RIZZARDO, 2011).

Bordallo (2010) aponta que a adoção, no direito romano, era definida em três funções: função religiosa, onde era exigido que a família não se extinguisse devendo adotar nos casos em que a natureza não permitisse conceber filhos; função política, adquirindo o adotado cidadania romana devendo ser preparado para o poder; função econômica quando o adotado era deslocado de uma família à outra. Ademais, na Roma antiga aquele que era adotado deixava de manter vínculo com a família anterior.

Durante a Idade Média a adoção foi ameaçada, tendo em vista que quando a pessoa morresse sem deixar herdeiros, a herança era dividida pelos senhores feudais e pela Igreja. Os adotados pouco tinham direitos. Ademais, os filhos eram considerados benção divina para um casal, e quem não os tivesse era considerado um castigo, entendiam ainda que quem era estéril não poderia adotar (BORDALLO, 2010).

Rizzardo apresenta as espécies de adoção em Roma, onde mais ela se desenvolveu:

Nos primórdios do direito, conheciam-se duas espécies: a ad-rogação, significando que um *pater familias* adotava uma pessoa e todos os seus dependentes, com a participação da autoridade pública, a intervenção de um pontífice e a anuência do povo, convocado por aquele; e a adoção no sentido estrito, pela qual o adotado passava a integrar a família do adotante na qualidade de filho ou neto. O magistrado era quem processava o pedido e decidia sobre a concessão (2011, p. 459, grifo do autor).

Depois de ameaçada, a adoção retornou no Direito Moderno com a elaboração do Código de Napoleão, na França em 1804. Ele e sua Imperatriz não podiam ter filhos, assim defendiam a inserção da adoção no Código Civil. O sentido de adoção com o passar do tempo, deixa de ser uma família ganhando um filho, e sim um filho ganhando uma família. (BORDALLO, 2010; RIZZARDO, 2011).

Apesar de a adoção sempre ter sido prevista em lei, era nula tratando-se de criança órfã ou abandonada, por isso foi criado um conjunto de leis estabelecendo limites de exploração. As crianças abandonadas ficavam aos cuidados de orfanatos, hospitais e na falta destes, nas Santas Casas de Misericórdia. Nestas casas as crianças eram preservadas pelo espírito cristão, buscavam preservar a identidade dos pais porque as crianças não poderiam pagar pelos pecados que aqueles fizeram (BORDALLO, 2010).

O Código Civil de 1916 considerava simples tanto a adoção de menores de idade como de maiores, feita por escritura pública. O vínculo de parentesco era somente entre o adotante e o adotado (DIAS, 2013).

Para Bordallo (2010), Dias (2013) e Rizzardo (2011) a lei nº4.655/65 trouxe inovações no instituto da adoção. As crianças adotivas já não eram tratadas com tanta indiferença, tendo praticamente os mesmos direitos e deveres de filhos sanguíneos, surgindo então a legitimação adotiva que por ter muito formalismo não foi muito praticada.

Ademais, a adoção simples e a adoção plena foram estabelecidas no Código de Menores (Lei nº 6.697/79). Aquela era realizada através de escritura pública, sendo o adotado menor de 18 anos e que se encontrava em situação irregular, a adoção plena foi aquela que substituiu a legitimação adotiva sendo aplicada aos menores de 7 anos, com caráter assistencial por meio de decisão judicial. A adoção plena fazia com o que o adotado fosse totalmente desligado da família biológica, assim era cancelado o registro de nascimento original (BORDALLO, 2010; DIAS, 2013).

Ainda sobre a adoção plena, foi mantida como única no Estatuto da Criança e do Adolescente, não existindo mais a adoção simples. A adoção dos maiores de idade seguiam as regras do Código Civil (BORDALLO, 2010).

O Estatuto da Criança e do adolescente foi uma inovação para o direito de família trazida pela Constituição Federal. Trouxe duas regras que seriam utilizadas, a primeira quanto a adoção de crianças e adolescentes regidas por aquele Estatuto por meio judicial, a segunda adoção de maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil de 1916, através de escritura pública (BORDALLO, 2010; RIZZARDO, 2011).

Contudo, o que sobrou do Código Civil de 1916 foi apenas a adoção dos maiores de idade. Quanto aos direitos sucessórios que eram tratados de forma diferenciada, foram declarados inconstitucionais a partir da vigência da Constituição Federal (DIAS, 2013).

Dias (2013, p. 497, grifo do autor) ainda menciona que “A **Constituição eliminou a distinção** entre adoção e filiação ao deferir idênticos direitos e qualificações aos filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias (CF 227 § 6º)”.

Conforme o artigo 1.623 do Código Civil de 2002, independente da idade do adotando o processo será judicial. Não havia incompatibilidade entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, os dois diplomas legais deveriam ser aplicados (BORDALLO, 2010). Dias (2013, p. 497):

Quando do advento do Código Civil de 2002, grande polêmica instaurou-se em sede doutrinária. O ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade.

Diante da polêmica citada, surgiu a lei 12010/09 para alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Revogou todos os artigos do Código Civil referentes à adoção, exceto o artigo 1.618 que dispõe que a adoção será regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e o artigo 1.619 a respeito da adoção de maiores de 18 anos, devendo ser observado os princípios que constam no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambos por procedimento judicial (BORDALLO, 2010; DIAS, 2013; RIZZARDO, 2011).

Vale ressaltar que a nova Lei de Adoção tem como finalidade adequar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se dizer que o nome usado a esta lei é

equivocado, pois, dá a impressão de que todo o regulamento da adoção está expresso na mesma, porém, ela apenas faz adequações (BORDALLO, 2010).

Santos (2011, p. 15) conceitua a adoção:

A adoção é um ato jurídico solene sobre o qual observados os requisitos legais, independentemente de qualquer relação jurídica de parentesco (consanguíneo) ou por afinidade, alguém estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

A filiação mencionada não poderá ser distinta da filiação biológica, pois a partir da sentença judicial e com a retificação do registro de nascimento o adotado é filho sem qualquer distinção, tendo filhos biológicos e filhos por adoção direitos e obrigações idênticas (DIAS, 2013; RIZZARDO, 2011). Contudo a adoção decorre de um ato de vontade, onde a filiação decorrerá do amor construído entre o adotante e o adotado. (BORDALLO, 2010).

As principais características da adoção são: ato personalíssimo; excepcional, pois a criança e o adolescente só serão retirados de sua família biológica em casos excepcionais, devendo ser respeitado o princípio da convivência familiar, ou seja, as tentativas de manutenção do adotado terão que ter sido esgotadas; irrevogável, não sendo possível a retomada do poder familiar pela família biológica; incaducável, pois os pais adotivos só perderão o poder familiar caso descumprirem seus deveres; plena porque o adotado tem os mesmos direitos e deveres de um filho biológico, inclusive direitos sucessórios; constituída por sentença judicial tornando-se definitiva apenas com o trânsito em julgado (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES; 2013).

O deferimento da adoção leva a destituição do poder familiar dos pais biológicos. Vale ressaltar que a perda do poder familiar ocorre devido à falta dos pais biológicos cumprirem com suas funções, é uma punição por terem deixado de garantir as necessidades ao filho. O procedimento para a perda do poder familiar poderá ser proposto pelo Ministério Público e por alguma pessoa interessada (DIAS, 2013; MADALENO, 2013).

Quando ocorre o rompimento do vínculo anterior, a adoção poderá ser unilateral ou bilateral. Unilateral quando é rompido apenas um vínculo de filiação, mantendo assim o vínculo biológico com apenas um dos pais. Tal adoção simplesmente ocorre quando alguém requer ocupar aquela posição de um dos pais

biológico que não tenham mais vínculo e nem filiação com o adotante. Sendo o requerente na maioria das vezes o padrasto e a madrasta.

A segunda classificação relacionada ao rompimento do vínculo anterior, é quanto à adoção bilateral, sendo aquela em que foram rompidos os vínculos da criança com o pai e a mãe biológicos, não mais tendo estes o direito de exercer o poder familiar (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013).

Ademais, quanto à formação de novo vínculo a adoção poderá ser ; singular ou conjunta. Aquela ocorre por apenas um adotante, ou seja, o adotado terá um pai ou uma mãe; esta é aquela por dois adotantes devendo ser casados ou vivendo em união estável, comprovando as condições para adotar (ROSSATO, LÉPORE, SANCHES, 2013).

Quanto à natureza da adoção existem várias correntes. No presente trabalho mencionaremos a adoção como um ato jurídico conforme citado anteriormente, a adoção vista como um instituto jurídico e a adoção por ato complexo. Esta última considerada a melhor corrente, sendo aquela que na fase postulatória da adoção haverá a manifestação das partes interessadas, e no final da fase instrutória do processo judicial, sendo prolatada a sentença será o momento de intervenção do Estado para a verificação da conveniência da adoção (BORDALLO, 2010; RIZZARDO, 2011).

Na adoção uma pessoa aceita uma criança ou adolescente na posição de filho. Estas muitas vezes abandonadas e órfãs, não recebendo dos pais sanguíneos os cuidados necessários para um bom desenvolvimento social e moral, além de não receberem afeto. Assim as famílias que adotam deverão atender as necessidades para um desenvolvimento adequado (RIZARDO, 2011).

Venosa (2012) ainda destaca que a adoção visa primeiramente o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes. Destaca também que a adoção tem as finalidades de dar uma família às crianças e adolescentes desamparados e dar filhos às famílias.

Além disso, para ocorrer a adoção terão que ser cumpridos alguns requisitos. Os requisitos subjetivos são: idoneidade do adotante, motivos legítimos para adotar e reais vantagens para o adotando (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013).

Ademais, existem ainda os requisitos objetivos. Conforme artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas maiores de 18 anos poderão adotar

independentemente de seu estado civil. Caso os adotantes sejam casados ou mantenham união estável, deverão comprovar estabilidade familiar. É importante mencionar ainda que no artigo 42 § 5º do mesmo dispositivo citado anteriormente, está expresso que nos casos de adoção por pais divorciados ou ex-companheiros o adotado será beneficiado devendo existir guarda compartilhada (BORDALLO, 2010; MADALENO, 2013; ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013).

Outro requisito é quanto à diferença de idade entre o adotante e o adotado. De acordo com o artigo 42 § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente a diferença mínima exigida é de 16 anos. Quando a adoção é efetuada por um casal basta apenas que um dos adotantes preencha este requisito (BORDALLO, 2010; ISHIDA, 2014).

Para Bordallo (2010, p. 232):

Com a adoção é rompido o vínculo de parentesco com a família biológica como consequência lógica da criação de novo vínculo, o adotivo, com a família substituta. Por tal motivo a lei exige que os pais biológicos consistam na adoção, como se verifica pela regra constante no artigo 45, *caput*, do ECA, já que possuem legítimo interesse em realizar oposição a que seu filho ingresse em uma família substituta.

Venosa (2012) ainda acrescenta que a adoção pode ser deferida mesmo na ausência da manifestação dos pais quando desconhecidos e quando destituídos do poder familiar.

Quanto ao consentimento do adotando, para a adoção de maiores de 18 anos é desnecessário o consentimento dos pais biológicos, e para os maiores de 12 anos é exigido a concordância do adotando (MADALENO, 2013; SANTOS, 2011).

A competência para julgar as ações de adoção é da Justiça da Infância e da Juventude, conforme artigo 148, III do Estatuto da Criança e do Adolescente (LIBERATTI, 2007).

Como o adotando já vem de uma situação difícil com relação aos genitores, é necessário que equipes interprofissionais verifiquem se existem condições de os adotantes suprirem as necessidades que o adotando necessita, devendo ser acolhido e amado (BORDALLO, 2010);

Bordallo (2010, p. 240) acrescenta:

Deve-se ressaltar que a aplicação do princípio do melhor interesse é eminentemente subjetiva, pois não há como estipular critérios únicos e objetivos para a solução de todas as hipóteses. Apenas de forma casuística

se poderá avaliar qual o melhor interesse para criança/adolescente, dependendo de sua correta aplicação da sensibilidade e experiência do Juiz e Promotor de Justiça, sendo certo que nem sempre haverá coincidência entre o desejo exposto pela criança/adolescente quando de sua oitiva em juízo e a decisão judicial.

Por fim, caso os pais biológicos não atenderem as necessidades da criança ou adolescente, estes tem o direito da convivência familiar conforme artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não sendo possível na família biológica, deverá ser em família substituta. O adotando deve receber carinho, atenção e amor necessário. Vale ressaltar que o adotando deverá ser colocado em família onde seus interesses serão atendidos (BORDALLO, 2010).

No próximo tópico será analisado um estudo de caso onde a criança não recebia os cuidados necessários para o seu desenvolvimento. Com isso, através de todos os requisitos aqui mencionados, o mesmo foi colocado em família substituta primeiramente pela modalidade guarda, e posteriormente foi deferida a adoção.

4 A SEPARAÇÃO DE IRMÃOS QUANDO DA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E (IN) OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: ESTUDO DE CASO DOS AUTOS 004.09.004020-5 E 004.12.009206-2

O presente estudo de caso analisará a decisão judicial a partir dos princípios mencionados nos capítulos anteriores. Trata-se de um estudo de caso dos autos 004.09.004020-5 e 004.12.009206-2, da criança N.M.R., segundo filho de J.C.R. Desde a gestação indesejada de sua mãe biológica, existiam más condições de moradia, desnutrição e falta das condições básicas para a sobrevivência. Em função de tais circunstâncias o parto foi prematuro, com histórico de hospitalização e permanência na UTI - Unidade de Tratamento Intensivo na cidade de Tubarão por 6 (seis) dias. Após o primeiro mês de vida, N.M.R começou a sofrer de maus cuidados. Sua mãe deixava-o aos cuidados da avó materna para frequentar a vida noturna, sendo que a avó era alcoólatra.

A avó, por sua vez não negava sofrer problemas de alcoolismo, alegando que não teria condições de cuidar do bebê. Ademais era ela que sustentava a casa através das faxinas que realizava. No dia 25 de Abril de 2009, a avó pediu o auxílio dos padrinhos de N.M.R. Foi solicitada a ajuda, pois, a mãe do bebê sairá na noite anterior deixando o mesmo aos cuidados da avó sendo que a mesma precisava sair para fazer suas faxinas para o “sustento” da casa. Além disso, não havia nenhum alimento adequado para o bebê, nem fraldas, fazendo suas necessidades na cama há uma semana.

Após o pedido de auxílio da avó, os padrinhos foram até o encontro do bebê. Chegando lá, se depararam com a criança em grave estado de saúde. Ele não emitia sons, estava com dificuldade para respirar, possuía assaduras e marcas de maus tratos pelo corpo, além de aparentemente estar com desnutrição.

Diante da situação, os padrinhos procuraram o Conselho Tutelar de Araranguá/SC onde receberam um termo de responsabilidade.

Levaram o bebê ao pediatra para avaliação médica onde foi diagnosticado que estava com pneumonia, bronquite e desnutrição. Ainda foi feita uma avaliação psicológica onde foi constatado que a criança estava em condições inadequadas para um desenvolvimento saudável. A mãe da criança somente buscou saber seu paradeiro apenas 9 (nove) dias depois que a criança já estava com seus

padrinhos. Ademais, não demonstrou nenhum tipo de preocupação em se justificar quanto as suas atitudes de negligência.

Os padrinhos da criança buscaram mais informações no Conselho Tutelar, pois temiam que a mãe biológica levasse a criança, sendo esta mais uma vez vítima de maus tratos. Devido a grande preocupação com o bebê, os cuidados, o afeto e o amor construídos, os padrinhos resolveram ajuizar uma ação em face dos pais biológicos, para regulamentar a guarda do bebê. Foi ajuizada Ação de Guarda tomada sob o nº 004.09.004020-5, na Comarca de Araranguá/SC.

Em 08 de Junho de 2009 a inicial foi recebida e a guarda provisória foi deferida. Foi determinada a expedição do termo de guarda aos requerentes. Dado vista ao Ministério Público, este informou que os acontecimentos relatados nos autos já teriam chegado ao conhecimento do mesmo por meio de encaminhamento feito pelo Conselho Tutelar da cidade de Araranguá. Na sequência determinou-se a realização de estudo social, por Assistente Social forense.

Na manifestação o Ministério Público ainda juntou aos autos o procedimento verificatório constando que “J. esteve três vezes no CT reivindicando seu filho de volta, este CT solicitou que a mesma fosse procurar um trabalho a fim de se estabelecer e poder suprir as necessidades básicas de alimentação do seu filho (fls. 25-27 dos autos nº 004.09.004020-5)”.

Ainda, o Conselho Tutelar buscou verificar com uma tia materna da criança N. o interesse em manter a criança sob sua guarda, sendo que a mesma não demonstrou qualquer interesse e ainda afirmou que “a criança já deveria ter sido retirada da mãe biológica há muito tempo por não ter condições de criar (fls. 26 dos autos nº 004.09.004020-5)”.

Devidamente citados os pais biológicos, apenas a requerida J. apresentou contestação alegando que a avó J. fora influenciada para entregar a criança, pois estava doente. Alega ainda que “também tem uma menina de 3 (três) anos e que vive sob seus cuidados, mostrando uma mãe zelosa”. Nega maus cuidados e maus tratos, contesta as más condições que a criança estava, afirmando sempre prestar os cuidados necessários aos seus filhos. (fls. 40 dos autos nº 004.09.004020-5).

O Estudo Social foi juntado aos autos. Quanto à família biológica, a assistente social relatou que a mãe da requerida residia na companhia dos filhos L. e J. (mãe de N.) e com as duas filhas de J., que a avó da criança encontrava-se em fase de recuperação do alcoolismo. Relatou também que “J. vive ora com sua mãe,

ora com o companheiro, alternando sua moradia, desestabilizando a estrutura familiar das crianças, sem autonomia financeira e estrutura, para bem cuidar das crianças, acabando por coloca-las em situação de risco, às vezes expostas a doenças pela falta de cuidados e de higiene. (fls. 76-77 dos autos nº 004.09.004020-5). Constatou ainda que a filha D, irmã de N. nos momentos de crises familiares era levada ao seu pai, mantendo convivência saudável com ele e a esposa. Ademais, depois de ter a criança N., a requerida ficou grávida da sua terceira filha.

A Assistente Social afirma que N. vinha sendo bem cuidados junto aos padrinhos, recebendo os cuidados necessários para seu desenvolvimento. Considerou a criança bastante adaptada afirmando que caso fosse retirado dos guardiões acarretaria sérios danos ao seu crescimento e desenvolvimento. (fls. 78 dos autos nº 004.09.004020-5).

A Juíza, ao sentenciar, alerta que se deve ter em mente o bem-estar da criança e analisa a desestabilização da estrutura familiar das crianças, bem como a falta de cuidados. Destaca também que a criança já estava adaptada na família substituta recebendo todos os cuidados, podendo prejudicar seu desenvolvimento caso fosse devolvida à família biológica. Afirmou que não haveria dúvidas que para o desenvolvimento sadio de N. seria melhor ficando aos cuidados dos requerentes.

Pode-se perceber que a partir do momento em que a guarda foi deferida, ocorreu uma separação de irmãos, entre N. e suas irmãs. Como já mencionado no presente trabalho, o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que “[...] os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta [...]”.

Poder-se-ia dizer que tal dispositivo fora violado por ter ocorrido a separação de irmãos e, ainda, questionar-se: se a mãe biológica não teria condições de garantir o desenvolvimento de N., teria condições de garantir às outras filhas?

Após a prolação da sentença, no devido prazo legal, a requerida apresentou recurso de apelação (fls. 101-106 dos autos nº 004.09.004020-5), requerendo a reforma da sentença revertendo à guarda em seu favor.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Acórdão 2010.070805-9 entendeu que a criança estaria sob melhores condições de desenvolvimento com os requerentes, não sendo recomendável estar com seus genitores. Mas, apesar da genitora não prestar os cuidados necessário para o crescimento saudável de N., fixou o direito de visitas à mesma.

Tem-se o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. OUTORGA DA GUARDA DO FILHO MENOR A PESSOA DIVERSA DOS GENITORES. POSSIBILIDADE. PERMANÊNCIA DO INFANTE SOB A GUARDA DOS PAIS NÃO RECOMENDÁVEL. SITUAÇÃO DE RISCO EVIDENCIADA. PRIMAZIA INTERESSE MENOR. NECESSIDADE DE CONCEDER A GUARDA A TERCEIROS. PADRINHOS QUE POSSUEM RELAÇÃO DE AFETIVIDADE E AFINIDADE COM O MENOR. CONDIÇÕES PARA SEU EXERCÍCIO. GUARDA CONCEDIDA A ESTES. DIREITO DE VISITAS À GENITORA. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO COM OS ANCESTRAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Se ficar demonstrado nos autos que o filho não deve permanecer sob a guarda dos genitores, deverá esta ser concedida à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, conforme dicção do § 5º do art. 1.584, do Novo Código Civil. Mesmo que a guarda da criança seja concedida a terceiros, deve-se preservar o vínculo existente entre a mãe biológica e seu filho quando o caso assim permitir e propiciar uma relação de afeto do menor com seus ancestrais através da fixação de direito de visitas aos genitores. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.070805-9, de Araranguá, rel. Des. Saul Steil, j. 29-03-2011). (SANTA CATARINA, 2014-a)

Após, em 12 de Setembro de 2012 foi ajuizada Ação de Adoção Plena sob o nº 004.12.009206-2 junto a 3ª Vara Cível da Comarca de Araranguá/SC. Os requerentes e requeridos foram os mesmos da Ação de Guarda anteriormente mencionada. Reafirmou-se os fatos já narrados na Ação de Guarda. Afirmou-se que a criança estava completamente habituada na família substituta, tendo os requerentes como seus pais, pois é assim que os chama. N. e os demais filhos biológicos da família substituta conviviam harmoniosamente, não havendo nenhum tipo de diferença no tratamento entre os filhos biológicos e N. Informaram que a criança frequentava escola particular paga pelos requerentes, assim como seu irmão da mesma idade e, que a requerida apesar de ter conseguido o direito de visita no processo de guarda, nos três anos que se passaram, jamais se interessou em visitar a criança.

Vale ressaltar, que os requerentes prepararam a criança informando que eram seus pais do coração, e que ele havia nascido de outra mulher. N. recebeu isso muito bem, mas jamais demonstrou interesse em conhecê-la.

Após mais de três anos, estando a criança totalmente adaptada e emocionalmente ligada à família substituta, a requerida pleiteou exercer seu direito de visitar a criança, sendo que os requerentes ficaram extremamente preocupados com as consequências que tal contato poderia causar a criança, haja vista a mesma não manter qualquer contato com sua mãe biológica. Assim, requereu-se a

destituição do poder familiar dos genitores. Por fim, visando a proteção e os interesses da criança, requereram liminarmente que jamais a requerida pudesse exercer o direito de visita.

No Estudo Social determinado pelo juiz, a Assistente Social concluiu que apesar de J. ter se mostrado arrependida, aparentemente mais dedicada às suas filhas que com ela residem, N. estava afastado há mais de 2 anos não reconhecendo J. como mãe. Ressaltando que a criança não tinha completado 1 ano quando foi entregue aos requerentes. (fls. 36-37 dos autos nº 004.12.009206-2).

Devidamente citados os pais biológicos, apenas a requerida apresentou contestação (fls. 40-48 dos autos nº 004.12.009206-2) alegando que estava trabalhando e atendendo as necessidades de suas duas filhas que consigo residiam. Requereu então, que a ação fosse julgada totalmente improcedente, sendo indeferidos os pedidos de destituição do poder familiar e de adoção plena da criança N.M.R.

Conclusos os autos, a MM. Juíza analisou os relatos e o Estudo Social. Assim, determinou a suspensão do direito de visitas. Ainda, designou audiência de instrução.

Os requerentes, após, apresentaram alegações finais relatando novamente todos os fatos e grifando alguns importantes relatos das testemunhas ouvidas. A testemunha A.L.S tia da requerida:

[...] quando o menor foi para a casa dos autores ele estava em estado de calamidade, com pneumonia, assaduras [...] que os autores não tomaram o menor da ré com intuito de adotarem, apenas para cuidar, mas com o passar do tempo decidiram... que M. o trata como filho [...] que a casa da autora é um lar [...] que M. nunca proibiu a J. de visitar o menino [...] que ainda convive com a J. e que estava depondo não contra J., mas em favor da Criança [...] **que J. tem mais filhos, e que existe outras denúncias de maus tratos sobre a outra filha da requerida... que o atual companheiro de J. agride a outra filha de J**” (grifei). (p. 112, autos nº 004.12.009206-2).

No depoimento da mãe biológica:

[...] que sua mãe entregou o menino para os autores porque ela era do 'mundão'[...] que foi apenas uma vez na casa dos autores para ver o menino... que depois nunca mais foi na casa, apenas no conselho tutelar [...] que sabia onde eles moravam... **que não pretende recuperar a guarda do menino porque acha que ele está bem onde está...**” (grifei). (p. 112, autos nº 004.12.009206-2).

No depoimento da mãe biológica:

“que sua mãe entregou o menino para os autores porque ela era do ‘mundão’... que foi apenas uma vez na casa dos autores para ver o menino... que depois nunca mais foi na casa, apenas no conselho tutelar... que sabia onde eles moravam... **que não pretende recuperar a guarda do menino porque acha que ele está bem onde está...**” (grifei). (p. 112, autos nº 004.12.009206-2).

Na sequência, a requerida apresentou alegações finais, requerendo que a presente ação fosse julgada totalmente improcedente, sendo excluída a liminar e que fosse concedido o direito de acompanhamento do crescimento da criança, sabendo este de suas origens.

Conclusos para sentença. A MM. Juíza relatou os fatos, analisando o parecer psicológico, o estudo social e a oitiva das testemunhas bem como da requerida. Novamente relatou que o pai biológico jamais se manifestou no processo, caracterizando abandono.

Assim, a MM. Juíza julgou totalmente procedente o pedido de destituição do poder familiar e afirmou que o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece os deveres e obrigações dos genitores, sendo estes descumpridos será decretada a destituição do poder familiar. Além de julgar procedente o pedido de destituição do poder familiar, com fulcro nos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, e art. 227, § 6º da Constituição Federal, deferiu a adoção do infante N. a M.E.M e R.O.R.

Analisando o estudo de caso supracitado podemos observar que a MM. Juíza deferiu a guarda com base no bem-estar da criança, ou seja, pelos princípios mencionados em capítulo anterior. Quanto ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Pereira (2000, p. 52):

As necessidades da criança, suas relações de afinidade e afetividade, sua vontade bem como suas condições psicológicas e emocionais devem ser priorizadas ao se determinar a preferência nas formas de família substituta. Muitas vezes o “menos prejudicial” poderá se apresentar aos operadores de Direito como o melhor critério a ser adotado.

Na mesma linha de pensamento Amin (2010, p. 28) aponta que:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Alisando o Estudo Social constatou-se que a criança estaria mais bem instalada na residência dos requerentes. Um dos motivos foi a desestabilização da estrutura familiar bem como a falta de cuidados.

De acordo com o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 33. 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.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. (BRASIL, 2014).

A prestação das assistências mencionadas no presente dispositivo foi cumprida pelos padrinhos da criança. Assim o Estudo Social feito na casa dos daqueles constatou que a criança estava sendo bem cuidada, recebendo todos os cuidados para seu desenvolvimento sadio.

Observa-se então que o magistrado seguiu a orientação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, analisando os melhores cuidados a N. Amin (2010) afirma ainda que analisando o caso concreto acima das circunstâncias fáticas e jurídicas deve estar presente o princípio mencionado, garantindo seus direitos.

Este princípio recebe irradiações do princípio da dignidade da pessoa humana, ambos protegem os direitos e interesses que a criança e o adolescente têm. É importante ressaltar que o bem-estar daqueles deve ser apreciado de uma maneira sensível, observando a diversidade das famílias. O poder familiar deve ser exercido levando em consideração os fatores afetivos, psicológicos e materiais (MATOS; OLIVEIRA, 2014).

Com a decisão da MM. Juíza em ambos os processos, verifica-se que a mesma levou em conta os fatores. Enquanto a criança N. esteve com a família biológica foi negligenciado, sofrendo maus tratos, não tendo uma alimentação saudável para o seu desenvolvimento, o lar que permanecia era de situação precária e, além disso, sua mãe biológica muitas vezes o deixou com sua irmã para frequentar a vida noturna.

Apesar de a irmã de N. permanecer com a família biológica, levando em conta este princípio, o dispositivo que expressa sobre a separação de irmãos não foi violado, pois se buscou garantir a uma das crianças o completo atendimento a suas

necessidades, sendo que a outra criança possuía o suporte do pai biológico, que não a deixava em situação de risco.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. MENOR DE IDADE. REQUERIMENTO FEITO PELO PARQUET. PRETENSÃO LIMINAR INDEFERIDA. CRIANÇA DE TENRA IDADE E SOB OS CUIDADOS DE TERCEIROS HÁ LONGA DATA. GENITORA QUE NÃO PRESTA ASSISTÊNCIA MORAL. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA DESVALIDA FRENTE AS PECULIARIDADE CONSTATADAS NO CASO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À ORDEM CRONOLÓGICA DO CADASTRO PREVISTO NO ART. 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO. EXCEPCIONALIDADES. PRIMAZIA PELO BEM ESTAR DO MENOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial" (STJ, REsp n. 1347228/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 6-11-2012, DJe 20-11-2012). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.077558-5, de Trombudo Central, rel. Des. Fernando Carioni, j. 13-05-2014). (SANTA CATARINA, 2014-b).

Diante da jurisprudência citada, é visível que não seria necessário os padrinhos estarem cadastrados para adotar a criança tendo em vista o forte vínculo que a mesma teria formado com os pais adotivos. Ademais, a regra do cadastro não é absoluta, neste caso é uma exceção devido ao princípio mencionado.

Bordallo (2010) aponta que apesar da obrigatoriedade e respeito com o cadastro, em alguns casos a preferência para a adoção não é das pessoas cadastradas. Ocorre quando já existe vínculo afetivo entre a pessoa que pretende adotar e a criança/adolescente. Ademais, o afeto deve prevalecer, não podendo ficar em segundo plano o sentimento da criança/adolescente.

O artigo 227 da Constituição Federal afirma que a família é responsável pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência em harmonia e o Estado em sempre incentivar políticas públicas asseguradoras dos direitos das crianças. A criança deve ficar longe de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2013).

Observa-se que foi considerado também o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mantendo a guarda aos padrinhos que possuem

relação de afinidade e afetividade com a criança. Mas, foi deferido o direito de visitas aos genitores.

Outro princípio a ser analisado no caso em análise é o da Convivência Familiar. Quando o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que os irmãos não sejam separados quando ocorrer guarda, tutela e adoção é para que tal princípio não seja violado.

No presente estudo de caso, o princípio da convivência familiar não foi violado. Apesar de apenas N. ter sido retirado da família biológica, o mesmo não havia completado nem um ano de idade, portando não criou vínculo com sua irmã, nem mesmo lembraria-se da existência da mesma. Lembrando que, não havia ninguém da família extensa que teria interesse em exercer os deveres de guardião.

Pereira (2008, p. 273) aduz:

Regulamentando este princípio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) procurou ressaltar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência, quer na família natural, quer na família substituta.

Assim, a convivência familiar é um direito fundamental para a criança e o adolescente. Pode-se perceber que a MM. Juíza não violou tal princípio com relação à irmã da criança, pois, como já mencionado o vínculo que N. criou foi apenas com os irmãos adotivos. Isso ocorreu, pois completou seu primeiro ano ao lado da família substituta, recebendo todo o amor, carinho e afeto necessário. Assim, foi crescendo e permanecendo apenas o vínculo com a família que o mesmo se encontrava.

Quanto a convivência familiar o Tribunal de Justiça já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. DEMANDA AJUIZADA PELOS AVÓS MATERNOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REQUERENTES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES DE OFERECER AO MENOR UM AMBIENTE FAMILIAR SADIO. AUTOR QUE APRESENTA HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA E AGRESSIVIDADE. INTERESSES DA CRIANÇA QUE DEVEM SE SOBREPOR A QUAISQUER OUTROS. ESTUDO PSICOSSOCIAL MINUDENTE QUE DEPÕE CONTRA A PRETENSÃO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE QUALQUER VÍNCULO AFETIVO ENTRE OS REQUERENTES E O INFANTE, QUE FOI ABRIGADO POUCO TEMPO DEPOIS DO SEU NASCIMENTO. REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 1.584, §5º, DO CÓDIGO CIVIL NÃO PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente dê preferência para que a criança (ou adolescente) seja criado e educado no seio da sua família natural ou extensa, sendo exceção a sua colocação em família substituta, não se pode olvidar que a guarda deve ser deferida à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, além do grau de parentesco, as relações de afinidade e afetividade. RECURSO

CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.027207-5, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 26-06-2014). (SANTA CATARINA, 2014-c).

Contudo, a afinidade e a afetividade entre a criança e o guardião são indispensáveis. Lembrando no presente estudo de caso, para N. seus pais sempre foram os padrinhos, apesar de saber que não nasceu da barriga de sua mãe adotiva. Isso porque sempre foi tratado como filho biológico. Veronese e Costa (2006, p. 86) aduzem:

Podemos afirmar que, fundamentalmente, o afeto é o elemento básico, nuclear de que necessita a criança em seus primeiros anos de formação e, paradoxalmente, sendo ele gratuito, independente de qualquer outros fatores. No entanto, em muitas situações, tem-se revelado como um raro bem, engendrando pois uma violação a que se refere ao direito ao carinho, o direito ao amor.

Por isso a convivência familiar é um porto seguro para a integridade física e emocional da criança e do adolescente. Devendo ser criado e educado junto à sua família, independente se for biológica ou adotiva, recebendo amor, respeito e proteção (MACIEL, 2010).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já decidiu no mesmo sentido da MM. Juíza dos referidos autos com relação aos padrinhos:

AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA POR PADRINHOS EM FACE DOS PAIS. SÉTIMA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXEGESE DOS ARTIGOS 227, DA CF E 249, § 2º DO CPC. PREFACIAL AFASTADA. NO MÉRITO, PODER FAMILIAR DOS GENITORES SUSPENSO APÓS DECISÃO DO JUÍZO A QUO. INFANTE QUE SE ENCONTRA ABRIGADA EM INSTITUIÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL. PARENTES, OUTROSSIM, QUE NÃO MANIFESTARAM INTERESSE EM EXERCER A SUA GUARDA. POR OUTRO LADO, PADRINHOS DE BATISMO QUE VINHAM ATENDENDO AOS INTERESSES DA CRIANÇA, QUE POSSUI SAÚDE FRÁGIL E NECESSITA DE CUIDADOS ESPECIAIS. VÍNCULO AFETIVO EVIDENCIADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.005868-8, de Correia Pinto, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 01-04-2014). (SANTA CATARINA, 2014-d).

A jurisprudência citada deixa claro que os padrinhos estavam atendendo as necessidades e cuidados especiais a criança assim como no caso concreto, com isso há vínculo afetivo. Se as ações do presente estudo de caso fossem indeferidas poderíamos dizer que aí sim o princípio da convivência familiar estaria sendo violado, tendo em vista que para N. sua família sempre foi a família substituta.

Basta imaginar a criança ser retirada da família que estava totalmente adaptado, onde recebia todas as necessidades para o seu desenvolvimento e crescimento, e ser devolvido a família biológica onde existiu absurdas negligências.

A MM. Juíza julgou procedente o pedido de destituição do poder familiar devido o descumprimento dos deveres e obrigações estabelecidos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 2014)

Ademais, o requerido jamais se manifestou no processo. Por isso, a MM. Juíza caracterizou abandono.

Ishida (2014, p. 50, 51) no mesmo sentido:

O descumprimento das obrigações de sustento, proporcionando condições mínimas de habitação, higiene e etc., da guarda, com a fiscalização da conduta dos menores, bem como da educação, fornecendo a escolarização necessária, pode levar à restrição, (como perda da guarda), suspensão e ainda à destituição do poder familiar.

Quando a criança se encontrava na família biológica, não recebia as condições mínimas de habitação, lembrando-se que a mesma era vítima de maus tratos. Por todas as negligências sofridas como já foi dito, seria impossível a volta dele a sua família biológica, que não demonstrou alterações na situação vivenciada anteriormente.

A negligência caracteriza-se principalmente por uma omissão, por uma indiferença das necessidades interiores e exteriores da criança e do adolescente. Sendo que tal indiferença é o contrário do amor, do bem-querer (VERONESE; COSTA, 2006).

O terceiro princípio utilizado pela MM. Juíza para sentenciar quanto à guarda e a adoção foi o princípio da prioridade absoluta. Já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MÃE BIOLÓGICA. EXPOSIÇÃO DA INFANTE À SITUAÇÃO DE RISCO, NEGLIGÊNCIA, ABANDONO MORAL E MATERIAL. DESTITUIÇÃO NECESSÁRIA. PRIMAZIA NO BEM-ESTAR DO INFANTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com a mais absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e, especialmente, à convivência familiar,

ainda que em família substituta, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesse contexto de total proteção aos interesses da criança, é que se defere a medida extrema de destituição do poder familiar da mãe biológica e a inclusão da infante no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo - para que se busque pretendentes à adoção. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.066835-6, de Gaspar, rel. Des. Fernando Carioni, j. 27-09-2011). (SANTA CATARINA, 2014-e).

Ante a jurisprudência citada observa-se que ocorreu como no presente estudo de caso, a preocupação com a prioridade da criança em ter assegurado todos os seus direitos expressos na jurisprudência citada. E tal prerrogativa a criança estava recebendo junto com a família substituta. A família biológica jamais colocou a criança como prioridade. Amin (2010, p. 20) aduz:

Família, seja natural ou substituta, já tem o dever de formação decorrente do poder familiar, mas não só. Recai sobre ela um dever moral natural de se responsabilizar pelo bem-estar das suas crianças e adolescentes, pelo vínculo consanguíneo ou simplesmente afetivo. Na prática, independentemente de qualquer previsão legal, muitas famílias já garantiram instintivamente primazia para os seus menores. Quem nunca viu uma mãe deixar de se alimentar para alimentar o filho, ou deixar de comprar uma roupa, sair, se divertir, abrir mão do seu prazer pessoal em favor dos filhos? É instintivo, natural, mas também um dever legal.

Por mais que seja instintivo e natural, a mãe biológica não priorizou o filho. Este dever legal foi cumprido pela família substituta através do vínculo e afeto que tinham. Quem sempre manteve a prioridade da criança foram os padrinhos desde que a criança foi parar nos braços daqueles, e que hoje são a família de N.

Podemos analisar que em ambos os processos, por mais que sejam da mesma criança, foi dado uma sentença que separou a criança de seus irmãos. N. foi colocado em família substituta, sendo que as irmãs continuaram no seio de sua família biológica. Além disso, foi destituído o poder familiar, não existindo mais nenhum vínculo.

Então a MM. Juíza fundamentou sua sentença baseando-se nos princípios e na Doutrina da Proteção Integral aqui fundamentados. Haja vista que o melhor para a criança N. seria ficar com a família substituta e não manter mais nenhum vínculo com a família biológica. Desta forma, poderia crescer saudavelmente, recebendo todo o afeto para seu desenvolvimento.

Os requeridos não recorreram da sentença. Transitando em julgado em 29/11/2013. Expedido o mandado de averbação, passando a criança a se chamar definitivamente N.M.R.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi resultado de um estudo e caso. Teve como delimitação de tema a separação de irmãos no caso de colocação de criança em família substituta para guarda e adoção. E, como objeto de estudo, a colocação de apenas um dos irmãos em família substituta com fundamentação nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio da prioridade absoluta, sem violar o princípio da convivência familiar.

Atualmente, conforme os princípios do ECA, a família extensa é quem tem preferência em casos de guarda e adoção da criança. Caso a guarda ou adoção não ocorra pela família extensa, as pessoas que estão no cadastro de adoção são as próximas opções legais e poderão dar à criança um lar e oferecer todas as necessidades básicas para o desenvolvimento desta.

Esta pesquisa realizou um estudo de caso, no qual analisou a legalidade da separação de irmãos onde apenas uma das crianças fora colocada em família substituta, não sendo família extensa. Neste caso, a legalidade concretizou-se embasada no princípio do melhor interesse da criança, princípio da prioridade absoluta e Doutrina da Proteção Integral. Desta forma, pode-se constatar, que a separação de irmãos no caso de colocação de criança em família substituta para guarda e adoção, conforme o ECA e Art.28 §4º pode tornar-se exequível se observados estes princípios sem violar o princípio da convivência familiar.

Mediante a efetivação de uma decisão da MM. Juíza baseada nos princípios acredita-se que em outros casos semelhantes, cujo contexto e dinâmica da família extensa não são propícios para o desenvolvimento integral saudável da criança, a fundamentação para a decisão de separar irmãos e ainda conceder a guarda e adoção para uma família substituta, poderá ser a mesma, abrindo novas opções para decisões baseadas em jurisprudências que facilitem a conclusão de casos tão complexos e delicados. Cabe destacar que a finalidade da decisão é o bem-estar da criança, neste caso, antes uma criança com boas condições e apenas uma permanecendo com a família biológica facilitando as condições desta, do que ambas em más condições para um bom desenvolvimento psíquico, moral e físico. Ademais, não seria saudável e nem aconselhável a criança depois de bem adaptada, com vínculo afetivo constituído e totalmente integrada a família substituta,

iniciar convívio com a família biológica e voltar àquelas más condições de vida em que fora encontrada.

Desta forma, foi possível compreender que os critérios judiciais que determinaram a adoção desta criança, pela família substituta e ainda separando-a dos demais irmãos, não contraria o ECA, mas vem ao encontro dos princípios do melhor interesse da criança, da prioridade absoluta, bem como a doutrina da proteção integral sem violar o princípio da convivência familiar, visando uma dimensão maior, o bem estar biopsicossocial da criança. Tal compreensão além de ampliar o conhecimento desta pesquisadora, poderá também subsidiar outras decisões, ou ainda contribuir para fundamentar outras pesquisas acadêmicas na área do Direito de família.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03-10.

_____. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11/17.

_____. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19/29.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 Out 2014a.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**: promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 Out 2014b.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 20 Maio. 2014c.

_____. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em: 20 Out. 2014d.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª Ed. Revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197-266.

CHAMBOULEYRON, Rafael. **A história Trágico-marítima das Crianças e nas Embarcações Portuguesas do Século XVI**. In: PRIORE, Mary Del (Org). **História das Crianças no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Contexto, 2000, p. 55-84.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª revista, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Doutrina e Jurisprudência. 15ª. Ed. atua. São Paulo: Atlas, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Rideel. 2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos.** 4ª Ed, revista e ampl. conforme lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5ª Ed, revista, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggioiti de. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança nos Processos de Adoção e Direito Fundamental à Família Substituta.** Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&ved=0CDwQFjAFOAo&url=http%3A%2F%2Frevistaeletronicardfd.unibrasil.com.br%2Findex.php%2Frdfd%2Farticle%2Fdownload%2F285%2F286&ei=NtZkVJDbO4imNrCOgpAF&usg=AFQjCNHH0obAweaPhXOUey1jifpFnbIQdg> Acesso em: 20 Out. 2014d.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar.** 2ª. Ed rev. e atual. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2000.

RAMOS, Fábio Pestana. A história Trágico-marítima das Crianças e nas Embarcações Portuguesas do Século XVI. In: PRIORE, Mary Del (Org). **História das Crianças no Brasil.** 5ª. rev., atua.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19/55.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8ª Ed, revista e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069/1990.** 2ª revista, atual e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2014.

SANTA CATARINA. **Processo 2010.070805-9/SC**. Rel. Des. Saul Steil. Julgamento: 29-03-2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=2010.07.0805-9&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora> Acesso em: 14 Nov. 2014a.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo 2013.077558-5/SC**. Rel. Des. Fernando Carioni. Julgamento: 13-05-2014. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=2013.077558-5&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora> Acesso em: 14 Nov. 2014b.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo 2014.027207-5/SC**. Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber. Julgamento: 26-06-2014. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=2014.027207-5&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora> Acesso em: 14 Nov. 2014c.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo 2014.005868/SC**. Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgamento: 01-04-2014. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=2014.005868-8&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora> Acesso em: 14 Nov. 2014d.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo 066835-6/SC**. Rel. Des. Fernando Carioni. Julgamento: 27-09-2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=2011.066835-6&cat=acordao_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora> Acesso em: 10 Nov. 2014e.

SANTOS, Antonio Cabral. Criança e Criminalidade no início do Século. In: PRIORE, Mary Del (Org). História das Crianças no Brasil. 2ª. Ed. São Paulo: Contexto, 1999, p. 210/231.

SANTOS, Ozéias J. Adoção: Novas Regras da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Syslook, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 12ª. Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

VERONESE, Josiane R. P.; COSTA, Marli M. M. **Violência Doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente.** Ed. Florianópolis: OAB, 2006.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente.** volume 5. Florianópolis: OAB/SC. 2006.

VERONESE, Josiane R. P.; COSTA, Marli M. M. **Violência Doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente.** Ed. Florianópolis: OAB, 2006.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente.** volume 5. Florianópolis: OAB/SC. 2006.