

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

JESSICA ZIEGLER DE ANDRADE SILVEIRA

**A PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI N. 8.069/90**

Rio de Janeiro

2015

JESSICA ZIEGLER DE ANDRADE SILVEIRA

**A PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI N. 8.069/90**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Rosângela Gomes

Rio de Janeiro

2015

JESSICA ZIEGLER DE ANDRADE SILVEIRA

**A PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI N. 8.069/90**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Rosângela Gomes

Aprovado em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

AGRADECIMENTOS

À Professora Rosângela Gomes, pela orientação, ensinamentos e por ter acreditado desde o início na importância do tema proposto.

Aos demais Mestres que me orientaram durante essa trajetória, por terem me apresentado ao Direito à partir de uma consciência humanista.

Aos meus pais pela vida, por todo amor dedicado e por não terem medido esforços para que estivesse ao meu alcance uma educação de qualidade.

Ao meu marido por caminhar ao meu lado e por ser meu maior incentivo nos momentos nebulosos e minha melhor companhia nos dias felizes.

À minha irmã por sempre acreditar em mim e por toda prova de verdadeira amizade.

Aos amigos e colegas que tornaram a trajetória mais fácil e prazerosa.

À Deus pelo amor incomparável e pela benção de cada dia.

“No mundinho habitado pelas crianças, seja quem for a pessoa que as cria, não há nada que seja percebido com mais clareza, nem sentido com mais profundidade que uma injustiça.”

(Charles Dickens)

A PROTEÇÃO INTEGRAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI N. 8.069/90

Resumo: No presente trabalho estudamos o avanço no campo de direitos da criança e do adolescente à partir de uma evolução histórica tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) comparativamente às leis que o antecederam. Demonstramos como no Brasil se consolidou a Doutrina da Proteção Integral somada à garantia constitucional de Prioridade Nacional. Adiante, procedemos com uma abordagem acerca do papel da família na concretização do Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente. Analisamos, especificamente a questão do adolescente autor de ato infracional e a aplicação das medidas socioeducativas. Dissertamos brevemente sobre a política de atendimento por meio dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e da atuação do Ministério Público no que concerne à defesa desses direitos. Por fim, concluímos pela dificuldade na efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: estatuto da criança e do adolescente; direitos fundamentais; prioridade nacional; medidas socioeducativas; conselhos dos direitos da criança e do adolescente

THE FULL PROTECTION AND BEST INTEREST OF THE CHILD AND ADOLESCENT: AN APPROACH ACCORDING TO THE LAW N. 8.069 / 90

Abstract: *At the present work we studied the progress on children's rights field and adolescents starting from a historical evolution based on the Statute of Children and Adolescents (Law n. 8.069 / 90) compared to the laws that preceded it. As demonstrated in Brazil has consolidated the Doctrine of Full Protection plus the constitutional guarantee of National Priority. Forward, we proceed with an approach about the family's role in achieving the Best Interest of the children and adolescents. Analyzed, specifically the issue of teen who commits an infraction and the application of social educational rules. That, we talk briefly about the through service policy of the Councils for the Rights of Children and Adolescents and the performance of the prosecution with regard to the defense of those rights. Finally, we concluded about the difficulty to implement the rights of children and adolescents.*

Key Words: *Statute of Children and Adolescents; fundamental rights; national priority; social educational rules; Councils for the Rights of Children and Adolescents*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A ETAPA PENAL INDIFERENCIADA E A FASE TUTELAR: DOS CÓDIGOS PENAIS DO IMPÉRIO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	11
1.1 A ETAPA PENAL INDIFERENCIADA: OS CÓDIGOS PENAIS DO IMPÉRIO....	11
1.2 A FASE TUTELAR: O CÓDIGO MELLO MATTOS E O CÓDIGO DE MENORES DE 1979	13
1.3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	24
2 A FAMÍLIA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ...	30
3 A TUTELA E A PROTEÇÃO INTEGRAL	42
3.1 A MUNICIPALIZAÇÃO	42
3.2 O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DO ECA	44
4 OS INVISÍVEIS	55
4.1 A POLÍTICA DE ATENDIMENTO POR MEIO DOS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	57
4.2 A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES	61
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

Após quase um quarto de século da edição da Lei n. 8.069 de 13 de Julho de 1990 muitas são as reflexões acerca do tema, seja do ponto de vista sociológico, político ou jurídico. Isto, pois não há como pensar um Estado Democrático de Direito dissociado da Dignidade da Pessoa Humana. A busca pela efetivação dos mandamentos constitucionais considerando a condição especial de pessoa humana em desenvolvimento é da ordem do dia, sobretudo quando estabelecida na Lei Maior a denominada Prioridade Absoluta.

Em um país assolado pela desigualdade social e pela miséria como o Brasil, muitas são as situações que demandam medidas de proteção a fim de pôr à salvo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. É o caso, por exemplo, daqueles que não veem atendidas suas necessidades básicas em razão da falta, omissão ou abuso dos pais. Sem qualquer tutela do Estado capaz de apontar-lhes um futuro, acabam por fazer das ruas seus lares. Tornam-se vítimas de maus-tratos, violência sexual, fome e não raras as vezes são inseridos na criminalidade.

Uma vez autores de infrações são mais uma vez vítimas de um modelo opressor que permanece vigente não obstante os direitos e garantias tão mencionados nos documentos normativos pátrios e internacionais. Sofrem as mazelas de instituições que foram criadas para protegê-los mas que, em verdade, representam mais uma vez a negligência e o descaso do Poder Público. Estabelecimentos deploráveis, superlotados, carentes de recursos básicos para alimentação, saúde e educação, sobrevivendo com pouca ou quase nenhuma verba pública.

Logo, a escolha pela temática a ser apresentada no presente trabalho de conclusão de curso, surge a partir da percepção de que o Direito da criança e do adolescente se encontra em situação paradoxal, na medida em que avançou comparativamente às legislações pátrias antecedentes, mas permanece frágil no campo da efetividade.

Para tanto, foram empregados ao longo do presente trabalho os métodos histórico, dialético, comparativo e fenomenológico. Os dados históricos referentes às legislações anteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente foram estudados de

forma comparativa para que demonstrassem as modificações trazidas em matéria de direito das crianças e adolescentes. Desse modo, foi utilizado também o método dialético uma vez que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político e econômico. De igual forma, buscamos a realidade tal qual é, ou seja, construída socialmente, razão que justifica o emprego do método fenomenológico.

Ademais, serviram de suporte à metodologia as seguintes técnicas: pesquisa documental por meio de leis, sentenças e acórdãos e, sobretudo, a pesquisa bibliográfica (livros, artigos, teses e outros meios de informação em periódicos).

Assim, no primeiro capítulo procuramos contextualizar os direitos das crianças e adolescentes à partir de um ponto de vista histórico, demonstrando qual era o tratamento conferido aos mesmos nos dispositivos legais que antecederam o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, no subcapítulo 1.1 tratamos do modelo conhecido como Etapa Penal Indiferenciada, tendo como representação no Brasil os Códigos do Império de 1830 e 1890. Nessa circunstância as crianças e adolescentes recebiam tratamento muito próximo ao conferido aos adultos, contando apenas com atenuantes. Outrossim, como se pretendeu demonstrar, imperou a lógica do discernimento que serviu para apenar os adolescentes que compunham as classes mais desfavorecidas.

Adiante, no subcapítulo 1.2 abordamos acerca da Fase Tutelar, marcada no Direito pátrio por força dos Códigos de Menores de 1927 e 1979. Nesse período, conforme mencionamos, prevalecia a ideia de “justiça recuperadora”, subsistindo intenso arbítrio judicial que culminava na internação em reformatório dos “menores” vistos como em situação de “perigo moral”. Enfatizamos que em torno do Código de 1979 se consolidou a Doutrina da Situação Irregular, marcada pela criminalização da pobreza, institucionalização das crianças e adolescentes nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos e ausência de distinção entre abandonados e autores de atos infracionais.

Seguindo uma ordem cronológica, no subcapítulo seguinte denominado “A Doutrina da Proteção Integral”, abordamos acerca da trajetória de constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente, demonstrando a importância da participação popular para que uma nova realidade normativa se descortinasse. Além disso,

apontamos a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 como indiscutível fonte de inspiração para o surgimento da Doutrina da Proteção Integral, por sua vez consolidada na Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No segundo capítulo objetivamos estudar um pouco mais sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, mencionando a Prioridade Absoluta de que trata a Constituição de 1988 especialmente em seu artigo 227. De igual modo, abordamos o importante papel da família no sentido de assegurar a Dignidade Humana das pessoas humanas em desenvolvimento, sem o qual restam ameaçados todos os princípios previstos e implícitos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O terceiro capítulo trata da Municipalização, princípio que ao lado do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e da Prioridade Absoluta, compõe a base do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em continuidade, o subcapítulo 3.2. é dedicado ao estudo das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei, dando especial enfoque às medidas privativas de liberdade em face de sua natureza altamente restritiva.

No último capítulo procuramos discorrer um pouco sobre a realidade social que se impõem frente às modificações normativas até então narradas. A preocupação foi de afirmar a condição de nossas crianças e adolescentes como vítimas de um sistema excludente, por isso utilizamos a expressão “Os invisíveis”. No subcapítulo 4.1 buscamos perquirir como se dá a política de atendimento da criança e do adolescente no cenário atual. E, por fim, no último subcapítulo trouxemos à baila a importante função do Ministério Público na defesa dos direitos da criança e do adolescente.

1 A ETAPA PENAL INDIFERENCIADA E A FASE TUTELAR: DOS CÓDIGOS PENAIS DO IMPÉRIO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Emilio Garcia Mendez identifica três fases principais pelas quais passaram as normas relativas à criança e o adolescente, quais sejam: o Tratamento Penal Indiferenciado; a fase Tutelar e a Doutrina da Proteção Integral.¹

1.1 A Etapa Penal Indiferenciada: os Códigos Penais do Império

A fase conhecida como Tratamento Penal Indiferenciado, ou Etapa Penal Indiferenciada, ou ainda Modelo Punitivo, esteve vigente ao longo do século XIX. No ordenamento brasileiro foi representado pelos Códigos Penais de 1830 e 1890.

Durante a vigência do Código Penal do Império de 1830 as crianças eram consideradas “adultos em miniatura”, de modo que a diferenciação entre ambos vigorava apenas na adoção de circunstâncias atenuantes na aplicação da pena. Destarte, aos infratores na faixa de 14 a 21 anos as penas eram atenuadas, ao passo que havia uma presunção de exclusão da responsabilidade criminal para uma primeira idade, fixada aos 7 anos.

Esse modelo se reproduziu no Brasil, como se observa no Código Penal do Império que, apesar de não regulamentar de forma detalhada a intervenção do Estado perante as infrações ou delitos cometidos por crianças e adolescentes, ou seja, ao não estabelecer uma idade mínima para o início da responsabilidade, seu art.10, parágrafo 1º, dispunha “não serão julgados os criminosos menores de 14 anos, salvo nos casos em que se demonstre o discernimento.”²

Desse modo, sob a égide do Código Criminal do Império (1830), a inimputabilidade do menor de 14 anos era uma regra parcial, conforme dispunha o

¹ MENDEZ 1998 apud VARJÃO, Suzana; GOMES, Joceline. Adolescentes em conflito com a lei. Série Jornalista Amigo da Criança. **ANDI**, 2012, p.14.

² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

artigo 13 do referido diploma, o menor que atuasse com discernimento seria encaminhado à casa de correção³.

A mesma lógica do discernimento esteve presente no Código Penal de 1890, para o qual os menores de 9 anos de idade eram considerados totalmente irresponsáveis, já àqueles menores compreendidos entre 9 e 14 anos, havia que ser realizado o estudo do discernimento. Entre 14 e 17 anos, o discernimento era sempre presumido, com diminuição de 2/3 das penas previstas para os adultos. Já entre 17 e 21 anos, eram aplicadas as mesmas penas dos adultos, contando com atenuantes.

Percebemos que a adoção de critérios extremamente subjetivos circunscritos ao talante do juiz eram propícios para que as classes populares fossem apenadas, uma vez que na aferição da existência ou não do discernimento por parte do menor, a quem se atribuía a prática de ato criminoso, o magistrado embasava a sua decisão em circunstâncias que normalmente prejudicariam as classes mais desfavorecidas como quando levava em consideração a linguagem, por exemplo, como elemento para aferição do discernimento. A concepção basilar da época era predominantemente de cunho segregacionista.⁴

Tal era o tratamento conferido às crianças e adolescentes durante os Códigos Penais de 1830 e 1890, período esse que ficou conhecido como Etapa Penal Indiferenciada ou Modelo Punitivo, cuja marca principal correspondia a um juízo de discernimento conforme a conveniência de apreciação dos Tribunais.

Silva Sanchez explica que o modelo do discernimento parte de uma concepção retributiva da pena e se funda na ideia de culpabilidade como juízo de reprovação – como pressuposto essencial da pena, através de um conceito bilateral de culpabilidade: se não há culpabilidade, não se pode impor a pena, mas, sempre que haja culpabilidade, deverá ser imposta. A culpabilidade, por sua vez, traduz-se em juízo de reprovação

³ As denominadas casas de correção eram “instituições aparentemente públicas herdadas do Império e destinadas ao recolhimento de adolescentes de 14 a 17 anos envolvidos criminalmente, ou mesmo de menores de 14 anos, que tivessem obrado com discernimento.” PAULA, Liana de. **A Família e as Medidas Socioeducativas**: A inserção da família na socioeducação dos adolescentes autores de ato infracional. São Paulo: USP, 2004, p.69-70.

⁴ RODRIGUES, Stephania Mendonça. Os Direitos Humanos da Criança e do Adolescente: **A questão do adolescente autor de ato infracional**. 146 f. Tese Mestrado – Programa de Pós Graduação de Direito da UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1999. p. 31.

e possui dois elementos: a capacidade de conhecer o conteúdo do injusto, da antijuridicidade da própria conduta; e a capacidade de adequar a própria conduta a este conhecimento. O juízo individual de discernimento teria justamente como objeto medir tais capacidades.⁵

1.2 A FASE TUTELAR: O CÓDIGO MELLO MATTOS E O CÓDIGO DE MENORES DE 1979

A fase Tutelar se consolidou na passagem do século XIX para o XX. Os jovens em risco (“expostos, abandonados ou delinquentes”) também denominados “em situação irregular” eram recolhidos pelo Estado e encarcerados. Não raras vezes, crianças e adolescentes eram presos sem sequer terem praticado qualquer conduta delituosa. Não havia procedimento acusatório tampouco julgamento e os “juízes de menores” agiam de ofício, isto é, sem a necessidade de provocação externa.⁶

Andrés Ibañez comentando acerca desse Modelo de Proteção observou que a delinquência juvenil teve como um dos fatores determinantes as transformações econômicas e sociais resultantes da sociedade industrial.

Da instabilidade e do liberalismo econômico derivou uma grande riqueza para alguns e uma enorme miséria para os demais, os bairros populares se encheram de proletários, tendo que homens e mulheres recorrer ao trabalho na indústria em razão de seus salários individuais serem insuficientes para atender às necessidades familiares. Os filhos ficaram deste modo, abandonados, livres para agir a seu bel prazer durante todo o dia. A consequência foi que uma corrente incessante de crianças dos bairros populares começou a aparecer perante os tribunais.⁷

No Brasil esse período foi caracterizado pela eclosão dos movimentos operários, liderados principalmente por imigrantes italianos e espanhóis, somados ao alto índice de prostituição, de criminalidade e da presença de “menores vadios” nas

⁵ SPOSATO, 2014, p.77

⁶ VARJÃO; GOMES, 2012, p.16.

⁷ IBAÑEZ Apud SPOSATO, 2014, p.77-78

ruas, isto é, crianças e adolescentes que não tinham sido cooptados pelo trabalho nas fábricas e viviam pelas ruas da cidade.⁸

Afim de conter essas questões de ordem se disseminaram aparelhos policiais de controle voltados para repressão social. Vigorava o entendimento de que crianças e adolescentes que perambulavam pelas ruas estavam fora da produção e, por isso, expostos ao exercício das atividades ilícitas. Prevalciam duas concepções centrais: a primeira delas era de que o trabalho “seria capaz de assegurar a inserção dos pobres no mundo da ordem” e a segunda de que a origem da criminalidade estaria situada na infância, de modo que “o delinquente juvenil tenderia a se tornar o criminoso adulto.”⁹

À época o discurso de proteção e assistência à infância concentrava a responsabilidade pela situação de abandono ou delinquência de crianças e adolescentes na família.

A ausência ou deficiência dos cuidados familiares e a impossibilidade de a família orientar os filhos para o caminho da educação e do trabalho, seriam, então, as causas do abandono material e moral que levaria crianças e adolescentes a viver pelas ruas.¹⁰

Esse discurso de proteção e assistência à infância tinha como proposta a “transformação das instituições de assistência para que estas substituíssem os cuidados familiares”. A pretensão era de reorganizar as instituições já existentes (em grande parte religiosas ou privadas) para absorver os abandonados e delinquentes, transformando-os em trabalhadores. Desse modo, essas instituições constituiriam um verdadeiro complexo institucional gerido pelo Estado e capaz de substituir os cuidados familiares.¹¹

⁸ PAULA, Liana de. **A Família e as Medidas Socioeducativas**: A inserção da família na socioeducação dos adolescentes autores de ato infracional. São Paulo: USP, 2004, p. 66

⁹ *Ibidem*, p. 67

¹⁰ *Ibidem*, p.66-67

¹¹ *Ibidem*, p.68-69

Todavia, conforme expôs Liana de Paula¹², as instituições existentes no início do século XX¹³ atuaram de forma “irregular, esparsa, desorganizada”, não conseguindo absorver o contingente de crianças e adolescentes que deveria ser abrangido por sua atuação.

Para Karyna Batista Sposato o direito tutelar de menores resultou da “combinação do correccionalismo com a influência da ‘Escola Positivista’”¹⁴. Segundo a autora, o positivismo passou a se preocupar mais com as tipologias de delinquentes do que a tipos de delitos.

(...) A concepção do delito como um fato humano e um dado sintomático da anormalidade pessoal do sujeito levou à adoção de medidas de segurança destinadas a reagir defensivamente à periculosidade social do sujeito. A essência estava em atribuir ao direito penal a função de prevenir tomando em conta as exigências de defesa social, e não mais a função repressiva.¹⁵

Essa aproximação ideológica entre a Etapa Tutelar do Direito penal juvenil e a tradição correccionalista espanhola, sustentada especialmente por Pedro Dorado Montero, é caracterizada segundo expôs Luigi Ferrajoli¹⁶ pela compreensão do delinquente como um ser débil, cuja vontade delituosa se fazia manifestar no delito e através dele. Assim, ao delinquente tido como um ser inferior deviam ser dirigidas medidas de proteção com vistas à correção efetiva do mesmo.

Nesse contexto, à justiça cabe o saneamento social e, para tanto, deve-se utilizar medidas individualizadas em substituição à pena tradicional. O juiz se converte, assim, em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, sem estar condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente, sobre a retribuição e

¹² Ibidem, p.69

¹³ Entre elas a autora destacou: a Roda dos Expostos, as casas de correção e os institutos privados de recolhimento. Ibidem, p.69-70

¹⁴ SPOSATO, 2014, p.78

¹⁵ Ibidem, p. 79)

¹⁶ FERRAJOLI, apud SPOSATO, 2014, p. 79

o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes.¹⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, a Etapa Tutelar do direito penal juvenil teve início com a adoção da Lei Federal n. 4.242 de 1921, com a criação do primeiro Juizado de Menores em 1923 e com o primeiro Código de Menores de 1927.¹⁸

O código de Menores de 1927 ficou conhecido como Código Mello Mattos em alusão a José Cândido Albuquerque Mello Mattos, primeiro Juiz de Menores do Brasil e da América Latina, empossado em 2 de fevereiro de 1924.

Destaca-se que no Brasil, a consolidação do modelo tutelar correspondeu ao período da ditadura política, “através da elaboração da Política Nacional do Bem-Estar do Menor e da criação de uma entidade de âmbito federal para sua coordenação, a chamada Funabem (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor).”¹⁹

Para Benedito Rodrigues dos Santos o Modelo de Bem-Estar das crianças e adolescentes substituiu o modelo jurídico-social de “propriedade dos pais” (vigente no Brasil Colônia), de modo que o Estado passou a regular o bem-estar das crianças e adolescentes conforme “o seu melhor interesse”:

(...) O modelo do bem-estar das crianças associado ao filantropismo religioso e leigo vigorou de maneira quase hegemônica no período aproximado de 1850 a 1970, e ofereceu a matriz do primeiro modelo de proteção jurídico-social vigente no país. O Estado especializou um conjunto de órgãos e políticas para cuidar do bem-estar das crianças e adolescentes, como o estabelecimento da Política e do Sistema de Bem-Estar do Menor (Funabem e Febens), os juizados de menores, os centros das promotorias e curadorias dos menores, e estabeleceu parâmetros para a educação das crianças e adolescentes, inclusive dentro de casa.²⁰

¹⁷ Ibidem, p.80

¹⁸ Ibidem, p. 82

¹⁹ Ibidem, p.84

²⁰ SANTOS, Benedito Rodrigues dos. **18 Anos do ECA: A Inclusão de Crianças e Adolescentes no Estado de Direitos Brasileiro. Inclusão Social**, Brasília, v.2, n.2, p. 152- 154, abr/set 2007, p.153.

Tratou-se, nas palavras do autor, de uma “reedição da soberania paterna na soberania do Estado, particularmente das autoridades judiciárias e governamentais na definição e regulação do bem-estar da criança e do adolescente”. Pois, se no Brasil Colônia a figura paterna detinha absoluta soberania na vida dos filhos, inclusive determinando suas carreiras e casamentos, no modelo jurídico social do bem-estar, a criança é tida como objeto, como ser subalterno submetido à execução de políticas assistenciais e filantrópicas, ao mesmo tempo que é “vítima” da ação protetora da sociedade.”²¹

Acerca do Código Mello Matos destacamos o disposto em seu artigo 1º, *in verbis*: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistencia e proteção contidas neste Codigo.”

A definição de menor “abandonado” apresentou-se no artigo 26 do referido dispositivo legal:

Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;

II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;

III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;

IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;

²¹ Ibidem, p.153.

V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;

VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.

VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;

b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;

c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;

d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;

No que tange à fórmula do estado de abandono prevista no Código de 1927 observou Jorge Duarte de Azevedo à época que:

A caracterização do abandono, entre nós, não deve obedecer a critérios apriorísticos. Num país subdesenvolvido, com uma marginalização ponderável dos habitantes, segundo o critério formal da concepção de abandono, teríamos um terço da população de menores de 18 anos nesse estado. O juiz deve, portanto, preocupar-se mais com os critérios sociológicos do que com os legais. Sua intervenção deve estar adstrita à disponibilidade de recursos comunitários, sob pena de, muitas vezes, vir agravar os efeitos do abandono.²²

Outro dispositivo que merece destaque é o § 3º do artigo 69 do Código de Menores de 1927, posto que determinava no caso de abandono, perversão ou estando em perigo de perversão, o menor seria internado em uma escola de reforma, pelo

²² AZEVEDO, apud BOTELHO, Rosana Ulhôa. Juízes de Menores, Conservadorismo e Repressão na década de 1960. p.10

período considerado necessário para a sua educação, no mínimo de três anos e máximo de sete anos. A esse respeito, vale mencionar:

Depreende-se da análise dos dispositivos supracitados que o Código de 1927, ao qualificar os “menores” em estado de perversão ou perigo de perversão, utilizou denominação altamente pejorativa, inculcada de preconceitos e propiciadora de uma ampla discricionariedade da autoridade encarregada de avaliar a existência ou não da perversão ou o perigo de o jovem vir a se perverter. Percebemos ainda como o abandono era apenado, vitimizandando duplamente o menor que fora abandonado; já não bastasse sofrer com todas as vicissitudes do abandono ainda se via interno em um reformatório, para ser educado.²³

Convém mencionar que a referida legislação fora produzida sob a ordem constitucional republicana de 1891 e sob estado de sítio (na ocasião do governo do Presidente Arthur Bernardes). Logo, a despeito da opinião de Jorge Duarte de Azevedo acima mencionada, os magistrados em geral estavam “empenhados na manutenção e reforço dos dispositivos disciplinares ‘preventivos’, ‘saneadores’ e ‘moralizantes’, tão a gosto do Regime dos Generais.”²⁴ No concernente ao período histórico-social do Código de Menores de 1927, temos que:

Tudo leva a crer que esse movimento de encarceramento de crianças e adolescentes menos favorecidos, no sentido de sua internação em espaços cercados que mesclavam assistencialismo, violência punitiva e disciplinamento das condutas, teve como ponto de partida o início do século XX. Trata-se do momento em que a infância menos favorecida emergiu enquanto problema social, tornando-se objeto da produção intensa de discursos e práticas que culminaram na promulgação do primeiro Código de Menores, de 1927, e na estatização das instituições de assistência, e que refletiam a forma como o processo econômico e social daquele período seria colonizado pela ideologia da preservação da ordem social.²⁵

²³ RODRIGUES, Stephania. 1999, p. 33

²⁴ BOTELHO, 1960, p.10

²⁵ PAULA, 2004, p.64

Destarte, com o Código de Menores de 1927 se consolidou uma concepção de “justiça recuperadora” por meio do qual o juiz de menores era uma espécie de figura paternal, assumindo os cuidados educativos das crianças e adolescentes.²⁶

Para Alvarez (1989), a concepção de justiça recuperadora do Código de Menores significou uma perda do pátrio poder, pois restringiu o campo de atuação das famílias. Ademais, ao regulamentar a política de internação, o Código expandiu o campo de ação do Estado e inscreveu crianças e adolescentes no registro da tutela estatal. Assim, as relações entre pais e filhos passaram a ser fiscalizadas pelo Estado, que assumiu a responsabilidade pela educação em substituição à família, quando essa fosse considerada ausente ou incompetente.²⁷

O Juizado de Menores desempenhava o papel de centro de todas as questões relacionadas à infância conforme destacou Francisco Pereira de Bulhões Carvalho:

O juiz de menores surge como aplicador não somente de regras de direito, como também administrativas e sociais, encarregado obrigatoriamente de promover a segurança de todos os menores, quer desvalidos, quer infratores, quer indisciplinados, quer mesmo menores de vida normal. O menor em perigo é submetido à observação dele próprio e do seu meio familiar.²⁸

A legislação menorista da época se ocupava tanto do menor infrator quanto do menor em perigo moral. Por essa última expressão se entendia estar aquele que apresentasse “inaptidão evidente”. Neste caso, o menor em perigo moral com frequência era obrigado a se submeter à clínicas de condutas, centros de orientação infantil ou juvenil, ou demais medidas aconselhadas por médicos clínicos e psiquiatras da confiança do juiz.²⁹

²⁶ Ibidem, p.75

²⁷ ALVAREZ, 1989, apud PAULA, 2004, p.76

²⁸ CARVALHO, apud OLIVEIRA, Siro Darlan de; ROMÃO, Luis Fernando. **A História da Criança: Por seu Conselho de Direitos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.18

²⁹ BOTELHO, 2005, p. 10

É de se registrar que a prevenção nesses termos tão marcada pela noção de perigo moral, ainda que não chegasse a causar intensas polêmicas, foi objeto de restrições. Por exemplo, Jorge Duarte de Azevedo, da jurisdição do Distrito Federal, lembrou que, embora a atuação preventiva tivesse sido consagrada no Código de 1927, “a maioria das legislações dos países cultos relutou em aceitar a intervenção judicial, em caráter preventivo, antes da provocação da parte interessada.”³⁰

Nota-se que nesse contexto o discurso se sustentava na ideia de encarceramento como um bem, uma chance concedida pelo Estado para que o menor se ressocializasse. Por ressocialização se pretendia a inserção do mesmo no mercado de trabalho, como destacou Liana de Paula:

(...) o eixo socializador pela via do encarceramento transferia o controle sobre a educação e a inserção no mundo do trabalho, da família para o Estado, que assumia a tarefa de re-encaminhar os desviantes para o eixo de socialização produtiva.³¹

Rosana Ulhôa Botelho discorreu acerca dos Juízes de Menores no período de transição do Código Mello Mattos para o novo Código de Menores de 1979:

Nas hostes da “revolução conservadora”, o juiz enxergava na revolução cultural que estava em curso o perigo a ser combatido. Inegavelmente, a perspectiva que orientava sua visão lhe permitia perceber que algo de muito importante estava se passando no terreno das relações familiares, mas lhe cegava, bem como a outros magistrados, para o perigo do arbítrio então vigente. E assim, ao final da década seguinte, quando “novos personagens entraram em cena” na demanda por liberdades civis e políticas, incluindo os direitos da infância e da juventude, a categoria dos magistrados de menores não se fez representar, pelo menos de forma visível. Estavam às voltas com a reforma do Código, desta feita substituindo a figura do menor em perigo moral pela do menor em situação irregular, mais próxima de uma legalidade de caserna do que de uma mudança de paradigma. Sancionado em 1980, o código teve mais dez anos de vigência, tendo sido derrubado por um

³⁰ Ibidem, p.10

³¹ PAULA, 2004, p.77

amplo movimento que tinha como horizonte a instituição de direitos e não a defesa de um ramo do Direito.³²

A doutrina da situação irregular imperou na ocasião da Lei n. 6.697, de 10 de Outubro de 1979, que instituiu novo Código de Menores. Mariza Salomão Campos³³ caracterizou este diploma legal como “centralizador” e “autoritário”, seja por ter sido elaborado no mundo jurídico sem a participação da sociedade, seja porque a fiscalização do cumprimento da lei era de competência exclusiva do Juiz e de seu corpo de auxiliares.

O segundo Código de Menores, de 1979, nas palavras de Karyna Batista Sposato:

(...) não alterou significativamente o funcionamento e a feição do modelo, que não só permitia a institucionalização dos menores sem a observância das regras e dos princípios processuais e constitucionais, mas também autorizava a continuidade da institucionalização nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos.³⁴

De igual modo se manifestou Bulhões de Carvalho para quem o Código de Menores de 1979 “tal como foi promulgado, limitou-se a reproduzir, com outras palavras, o velho Código Mello Mattos, com pequenas modificações, muitas delas inconvenientes.”³⁵

No período de vigência do Código de Menores de 1979: “A proteção destinava-se aos carentes e abandonados, enquanto a vigilância, aos inadaptados e infratores.”³⁶ O Código segregava e discriminava os menores em situação irregular. Deste modo, tanto o primeiro Código de Menores quanto o de 1979 não distinguia os casos especiais de pobreza e abandono daqueles com implicação de natureza jurídica, ou seja, de delitos.

³² BOTELHO, 2005, p.11

³³ CAMPOS, Mariza Salomão Vinco de Oliveira. **Estatuto da Criança e do Adolescente: A Proteção Integral e suas implicações político-educacionais**. Araquara, São Paulo: UNESP. 102 f., 2009, p.9

³⁴ SPOSATO, 2014, p.83

³⁵ CARVALHO apud OLIVEIRA; ROMÃO. 2015, p. 26

³⁶ CAMPOS, 2009, p.9

Ensina-se Tânia da Silva Pereira que o nosso Código de Menores determinou expressamente seis situações de “irregularidade” que autorizavam a atuação do juiz de menores e aplicação do Código. Cabia ao magistrado, apresentada a situação irregular, verificar a sua adequação ao tipo legal. O código elencava as seguintes situações como caracterizadoras de irregularidades: a) menor privado de condições essenciais de subsistência; b) menor de vítima de maus-tratos; c) menor em perigo moral devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; d) menor privado de representação ou assistência legal; e) menor com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar; f) menor autor de infração penal.³⁷

À época do Código de 1979 os menores tidos como em situação irregular eram institucionalizados sem que houvesse qualquer distinção entre infratores, órfãos ou abandonados. A intervenção estatal operava sem limites, de forma discricionária e ao arbítrio do juiz.

A criminalização da pobreza e a judicialização das questões sociais foram características marcantes de tal período, amparadas pelo Código de Menores. O ‘sistema Febem’ foi significativo para amparar decisões judiciais que determinavam internações, mesmo aos que não eram autores de qualquer infração. As garantias processuais eram nulas. Crianças e adolescentes eram objetos do direito, da norma jurídica, nas mãos de uma única pessoa a traçar seus destinos: o Juiz de Menores.³⁸

Convém, por fim, fazer menção às palavras de Stephania Rodrigues, cuja síntese da Doutrina da Situação Irregular é esclarecedora:

A Doutrina da Situação Irregular culminava por apenas aquelas crianças e adolescentes que, já não tendo as suas necessidades básicas atendidas, ao serem enquadrados em alguma das seis situações consideradas irregulares no nosso antigo Código de Menores, eram objetos de medidas judiciais apregoadas como sendo de proteção, mas que essencialmente os excluía do convívio social. Se estavam à

³⁷ PEREIRA apud RODRIGUES, Stephania., 1999, p. 34

³⁸ MENESES, Elcio Resmini. **O Ministério Público e as medidas socioeducativas**: uma reflexão jurídico-pedagógica. Porto Alegre, RS: UFRS, 2006, p.73-74

margem da sociedade, irregulares, era preciso afastá-los do meio social, institucionalizá-los.³⁹

1.3 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Em 1984 foi realizado no Brasil o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua afim de discutir a situação dos “menores de rua” e iniciar um novo processo de constituição dos direitos da criança e do adolescente. Como resultado desse evento, formara-se o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que em 1985 recebeu apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

As articulações iniciadas no Brasil na segunda metade da década de 1980, denominadas de “mobilização da cidadania”, já indicavam para uma atuação social preocupada com a elaboração do novo texto constitucional. Nesse contexto, no limiar da eleição da Assembleia Constituinte, é formada a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, que se reúne em Brasília, em outubro de 1986, para a realização do IV Congresso “O Menor na Realidade Nacional”, buscando chamar atenção da sociedade para a causa da infância.⁴⁰

No curso da campanha da Constituinte, a UNICEF lançou a campanha “Criança Constituinte”, “com o apelo para que os brasileiros dessem atenção para legisladores constituintes comprometidos com as causas da infância”, tal campanha “se deu por 10 meses em todos os Estados, colhendo 1 milhão e 200 mil assinaturas.”⁴¹

Várias emendas populares relativas aos direitos da criança eclodiram durante esse período. Entre as quais, destacam-se: a Emenda Popular apresentada por três entidades ligadas à Igreja Católica (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Associação de Educação Católica do Brasil e Caritas Brasileira) e; a Emenda Popular Criança, Prioridade Nacional.

³⁹ RODRIGUES, Stephania. 1999, p. 36

⁴⁰ OLIVEIRA; ROMÃO. 2015 p. 26

⁴¹ OLIVEIRA. ROMÃO. 2015 p. 27

Nessa perspectiva, é apresentada a Emenda Popular Criança, Prioridade Nacional, subscrita por mais de 70 mil eleitores, buscando alertar para a gravíssima situação da infância e da juventude, visando ainda contribuir para que a redação da nova Constituição contivesse dispositivos indispensáveis à promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.⁴²

Benedito Rodrigues Santos caracterizou essa trajetória de constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente como sendo longa e marcada por vários simbolismos:

No Brasil, esses passos foram longos: do momento em que a criança ganha especificidade em relação aos adultos, passando pelo importante movimento das alternativas comunitárias de atendimento a meninos e meninas de rua, que cunhou a concepção de criança como “sujeito da história” e do processo pedagógico, chegando finalmente à Constituição e constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente, a qual possui duas datas simbólicas: agosto de 1988, com a promulgação da Constituinte e 13 de julho de 1990, com o sancionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente.(...)⁴³

A criação do Estatuto da Criança e do Adolescente teve forte influência da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989. Acerca da importância de tal evento esclareceu Stephania Mendonça Rodrigues:

Não obstante a existência de resoluções, declarações e diretrizes dos organismos internacionais elencando e assegurando os direitos das crianças e dos adolescentes, o fato é que uma nova forma de concebê-los como sujeitos de direitos, como pessoas em desenvolvimento, carecedores de amparo integral, despontou veementemente na comunidade internacional a partir de 1989, com a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, Resolução n 44/25, cuja espinha dorsal se assenta na doutrina da proteção integral.⁴⁴

⁴² OLIVEIRA, ROMÃO. 2015 p. 28

⁴³ SANTOS, 2007. p. 153

⁴⁴ RODRIGUES, 1999, p. 17

O processo constituinte brasileiro e a elaboração do ECA ocorreram simultaneamente à mobilização internacional em favor da aprovação da Convenção.

Dois meses antes de sancionar o ECA, o então Presidente Fernando Collor encaminhara ao Congresso Nacional a proposta de ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Destaca-se o disposto no art.1º da referida Convenção:

Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.

Nota-se que a Convenção optou pela terminologia “criança”, diferentemente da expressão “menor” utilizada nos Códigos de Menores retrocitados. A diferenciação traz à baila a mudança de paradigma sobre o tema: às crianças enquanto pessoas em desenvolvimento estão assegurados os direitos humanos.

A Convenção de 1989, em relação às declarações internacionais anteriores, inovou não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança (até os 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Ou seja, pela primeira vez, outorgam-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos adultos. Porém, a Convenção de 1989 reconhece, também, a especificidade da criança, adotando concepção próxima à do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento.”⁴⁵

Sem dúvida o fato de o Brasil ter sido um dos primeiros signatários e ratificadores da Convenção Internacional somado ao emergente movimento popular em defesa do tema, contribuíram para que uma nova perspectiva legal se consolidasse: a

⁴⁵ MARIANO, Carmem Lúcia Sussel; ROSEMBERG, Fúlvia. A Convenção Internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, 2010, p.699

perspectiva da proteção integral, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

A doutrina da proteção integral que orientava os documentos internacionais de proteção à infância materializou-se por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Com a Convenção, que aliás, registre-se, é o tratado internacional na área de direitos humanos mais ratificado – mais de 160 países –, o tema passa a ser desenvolvido por um novo prisma. Não se trata mais de definir quais regras jurídicas são aplicadas à infância, mas sim que direitos devem ser atribuídos a crianças e adolescentes.⁴⁶

Contudo, é mister lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente não significa cópia da Convenção de Direitos. Assim explica Benedito Rodrigues dos Santos:

(...) seria um erro pensar que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja uma cópia da Convenção dos Direitos. Pelo contrário, o ECA é fruto de um encontro, de diálogo democrático entre o universal e o particular. A mobilização e a experiência brasileira na defesa dos direitos precedeu a Convenção Internacional e existia autonomamente em relação à mobilização em torno dela. O ECA, seguindo as particularidades da democracia instaurada no Brasil, avança em relação à Convenção, por exemplo, na concretização da democracia representativa, incluindo aí a participação das crianças e adolescentes no chamado protagonismo infanto-juvenil.⁴⁷

Válter Kenji Ishida⁴⁸ menciona o ECA como uma “criação coletiva” fruto de movimentos de várias categorias, tais como: Movimento dos Meninos e Meninas de Ruas, a Pastoral de menores, grupo de juízes que a partir do Fórum de Defesa da Criança e do Adolescente elaboraram as chamadas “Normas Gerais de Proteção à Infância e a Juventude” etc. Ainda acerca do ECA:

Ele nasce da capacidade de indignação da sociedade. Havia uma crítica ao excesso de poder do magistrado no anterior Código de Menores.

⁴⁶ RODRIGUES, 1999, p.17

⁴⁷ SANTOS, 1999, p. 154

⁴⁸ ISHIDA, 2013, p. 5

Todas as contribuições se referiam aos direitos humanos. Costuma-se mencionar que foi a prática que fundamentou a lei menorista.⁴⁹

Nesse sentido, com o advento do ECA ocorre também uma mudança no papel do magistrado em relação à criança e ao adolescente. Assim, o Juiz enquanto “curador de almas” é substituído pelo magistrado limitado em sua intervenção pelo sistema de garantias:

Desfaz-se a figura do Juiz de Menores investido em funções que não estritamente jurisdicionais, impondo-se ao Judiciário seu papel de julgador, reservando-se aos demais personagens da vida pública sua devida atuação. Desaparece o Juiz com poderes ilimitados no exercício de uma atividade de controle social para dar lugar ao Juiz Técnico, limitado pelas garantias processuais.⁵⁰

Assim, como já exposto, tanto a adoção da Lei Federal n. 8.069 de 13 de Julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como o advento da Constituição democrática brasileira de 1988 marcaram a superação da fase tutelar.

No Brasil, como já detalhado, a superação formal do modelo tutelar ou de proteção se deve à adoção da Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como reflexo da ratificação da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e da constitucionalização do Direito Infanto-Juvenil no âmbito da Constituição democrática brasileira de 1988.⁵¹

Karyna Batista Sposato⁵² preferiu falar em “superação formal da fase tutelar” entendendo que o ECA não logrou superar de forma satisfatória a herança do correccionalismo, e conseqüentemente seu viés tutelar, já que cinco características do Modelo Tutelar ainda permanecem vigentes segundo a autora: a) a negação de sua natureza penal; b) a indeterminação das medidas aplicáveis; c) no aspecto processual,

⁴⁹ SANTOS, 2007.

⁵⁰ NETO, 2007, p.68

⁵¹ SPOSATO, 2014, p. 88

⁵² SPOSATO, 2014, p.103

a ausência de garantias jurídicas; d) amplo arbítrio judicial; e e) recusa ao critério de imputabilidade.

2 A FAMÍLIA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em primeiro lugar, é mister lembrar que não há como conceituar “família” a partir de um único modelo sociocultural, posto que se trata de uma construção no tempo e espaço, movida por múltiplas transformações culturais. Esse também é o entendimento de Luiz Edson Fachin, para quem:

(...) a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.⁵³

Para Liana de Paula a “família” na primeira metade do século XX poderia ser tida como:

(...) um conceito social e sociologicamente institucionalizado que encerrava uma estrutura composta pelas relações mais imediatas de conjugalidade (esposos) e de consanguinidade (pais e filhos) e que prescrevia os papéis sexuais e suas funções intergeracionais a serem seguidos por cada um de seus membros.⁵⁴

No Brasil, a exemplo do modelo romano, “A coesão interna do núcleo familiar em torno da preservação do status político-social e do patrimônio era mantida pela centralização de poder na figura paterna.”⁵⁵

Comprovada está, por registros históricos, que a família ocidental existiu por um longo tempo sob o tipo patriarcal. No Brasil, o modelo familiar contemporâneo retrata a organização institucional da família romana.⁵⁶

⁵³ FACHIN apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias** 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p.36

⁵⁴ PAULA, 2004, p.94

⁵⁵ PAULA, 2004, p.57

⁵⁶ PEREIRA, apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118

Contudo, com o crescimento das cidades e a inserção da mulher no mercado de trabalho esse modelo patriarcal deu origem a novas outras formas de agrupamento. “Desde a década de 1970, diferentes formas de vida íntima ganharam visibilidade e abalaram o primado da configuração marido e esposa, pais e filhos como única forma legítima de experiência familiar.”⁵⁷

Fato é que o conceito de família enquanto estrutura baseada no laço consanguíneo e biológico entre seus membros, deu lugar à outra cujo liame principal é o afeto.

De se concluir, portanto, à luz dos princípios constitucionais norteadores do Direito de Família pátrio, que essa relação de parentesco, que deita suas raízes no afeto e tem por objetivo a proteção integral de crianças e adolescentes excluídos por suas famílias naturais, proporcionando-lhes convívio familiar e comunitário, suprimindo-lhes as necessidades em todos os aspectos, de acordo com as reais possibilidades dos parentes socioafetivos, por um lado consolida o exercício da paternidade e da maternidade responsáveis, e, por outro, enseja a formação de futuros cidadãos cômicos de sua responsabilidade social.⁵⁸

O que outrora se vislumbrava como unidade de produção com vistas à formação do patrimônio, avançou para um sistema plural e consolidado nos laços afetivos.

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e despatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.⁵⁹

A família tida como conceito múltiplo respeita as individualidades e especificidades e, sobretudo, assegura a Dignidade da Pessoa Humana ao se desvincular de qualquer diferenciação que pudesse existir entre os filhos. Maria

⁵⁷ PAULA, 2004, p.100

⁵⁸ BOULOS, Kátia. p.358

⁵⁹ FARIAS; ROSENVALD, 2014. p.36

Berenice Dias ao comentar acerca da igualdade no âmbito das relações paterno-filiais, acrescentou que “Agora a palavra ‘filho’ não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente ‘filho’”.⁶⁰

A filiação, sintonizada na proteção avançada da pessoa humana e da solidariedade social, ganhou instrumentalização, servindo para os núcleos familiares. Abandonou-se a subordinação da família a uma função procracional, tão relevante para efeitos econômicos. A filiação passou a ser um momento de realização humana, de plenitude existencial, seja qual for a sua origem. A filiação, enfim, passou a ser única, podendo ser estabelecida por diferentes formas. E a adoção é um dos variados mecanismos de determinação filiatória, baseada no afeto e na dignidade, inserindo o adotando em um novo núcleo familiar.⁶¹

O próprio ECA consagrou o Princípio da Igualdade ao estabelecer no artigo 5º que: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Compreendendo assim a família pós-moderna, é possível extrair sua principal função social, qual seja: a busca da realização pessoal de seus membros. Considerando, com especial enfoque, a criança e o adolescente como sujeitos em desenvolvimento, cujas personalidades moldar-se-ão à partir desse diálogo sócio-afetivo.

Trilhando tais pegadas, é lícito asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação se seus membros.⁶²

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.50

⁶¹ FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.932

⁶² FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 149

E mais do que isso: a família pós-moderna caracterizada pela afetividade possibilita a concretização do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido:

A família brasileira atual não pode mais ser vista como matrimonial, biológica e patrimonial. Esse cenário se alterou com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a possibilidade do divórcio. Com isso, novas formações de família surgiram, nas quais as funções maternas e paternas são mais importantes que as figuras da mãe e do pai. E é com essa alteração que a afetividade passou a ter papel relevante no cenário familiar. Pela afetividade, várias questões podem ser resolvidas, e o melhor interesse pode ser alcançado.⁶³

Mas o que efetivamente se pretende dizer com a expressão “Melhor interesse da criança e adolescente”? Abordaremos em um primeiro momento a origem do conceito. Segundo expôs Camila Colucci:

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.⁶⁴

Uma vez oficializado pelo sistema jurídico inglês, o *best interest* foi posteriormente adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Por esse motivo, no Brasil, já se encontrava presente no artigo 5º do Código de Menores, ainda que sob a égide da doutrina da situação irregular.⁶⁵

Feitas as devidas considerações pertinentes à origem do melhor interesse passaremos à sua natureza jurídica. Colucci explica que a doutrina, por vezes, caracteriza o melhor interesse como princípio, regra de interpretação ou direito fundamental. Ao que acrescenta: “Entende-se, porém, ser tal classificação despicienda,

⁶³ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro. USP, São Paulo: 2014, p. 9

⁶⁴ Ibidem, p.7

⁶⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68

já que o que importa é que se garanta, de fato, que o interesse de crianças e adolescentes esteja sendo adimplido em cada caso que se apresente.”⁶⁶

Trata-se de conceito um tanto quanto vago e impreciso pois a legislação pertinente não prevê os casos em que incide. Fato é que não estaria ao alcance do Legislador prever todos os casos concretos que envolvessem o princípio em questão. Acerca da indefinição do mesmo também se manifestou a já mencionada autora:

Por um lado, essa definição é vantajosa, já que seria impossível haver previsão de todas as situações em que o melhor interesse poderia vir a ser aplicado, por envolver variada gama de relações familiares, que não são objetivas. Com isso, embora a pesquisa estivesse buscando determinar critérios puramente objetivos para a aplicação do melhor interesse, ficou claro que tal intento não é possível. Todos os fatores envolvidos em cada caso concreto devem ser criteriosamente analisados, de preferência com o auxílio de equipe multidisciplinar, para que se determine, naquela situação específica, qual é o melhor interesse para aquela determinada criança ou adolescente.⁶⁷

O Princípio do melhor interesse é “o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude” ⁶⁸.

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 a elaboração de futuras regras.⁶⁹

Nesse sentido, explica ainda que a decisão estará de acordo com tal princípio quando “primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete” ⁷⁰ Ao que explica adiante:

(...) Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como

⁶⁶ COLUCCI, 2014 p.9

⁶⁷ Ibidem, p.8-9

⁶⁸ AMIN, 2014, p. 70

⁶⁹ Ibidem, p. 69

⁷⁰ AMIN, 2014, p.69.

criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito à liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível.⁷¹

Segundo Andréa Rodrigues Amin⁷² três são os princípios gerais e orientadores de todo o ECA: 1) o princípio da prioridade absoluta; 2) princípio do melhor interesse; 3) princípio da municipalização.

Em relação ao princípio da prioridade absoluta, temos em âmbito constitucional o estabelecido no artigo 227 da Lei Maior, *in verbis*:

Art.227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O corpo do artigo 227 é a materialização da chamada Prioridade Absoluta, inspirada pela já mencionada Emenda Popular Criança, Prioridade Nacional. Nota-se, portanto, que a Constituição de 1988 não foi silente aos anseios populares.

De igual forma, no âmbito infraconstitucional o referido princípio encontra respaldo em dois artigos da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que seguem:

⁷¹ Ibidem, p. 69

⁷² Ibidem, p.60

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) precedência 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.

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

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

(...)

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

Acerca dessas garantias legais expôs Fábio Marques de Oliveira Neto:

Analisar a criança e o adolescente sujeitos de direitos, segurança constitucional antevista no artigo 227 da C.F. e no próprio ECA, representa garantir, prioritariamente, a execução de políticas públicas que incentivem de modo positivo o seu desenvolvimento e os ponha a salvo de qualquer tratamento desumano, impetuoso, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Trata-se, desse modo, de por a salvo dos

processos estressores, uma geração que sem esta proteção, estaria fadada ao insucesso afetivo, familiar, profissional e à realização de uma vida pautada na dignidade.⁷³

A prioridade tem como escopo a garantia dos direitos fundamentais e para tanto é mister ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público.⁷⁴

Além dos princípios basilares do Estatuto da Criança e do Adolescente já mencionados, merecem destaque dois princípios diretamente relacionados à importância do papel da família na formação de seus filhos menores, quais sejam: o Princípio da Responsabilidade Parental e o Princípio da Prevalência em Família. Acerca do exposto:

Representam tais princípios que a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres com os filhos e na promoção de seus direitos e proteção devem ser dadas prevalências àquelas medidas que mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta.⁷⁵

Nesse sentido, temos que a Constituição concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, outorgando-lhes a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. De igual modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, abandonou o sentido de dominação para alcançar a ideia de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que direitos em face dos últimos. É o que a doutrina denomina autoridade parental.⁷⁶

A expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Destaca que o interesse dos pais está

⁷³ NETO, 2007, p.72

⁷⁴ AMIN, 2014, p.61

⁷⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121

⁷⁶ DIAS, 2015, p. 461

condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental.⁷⁷

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. É sempre compartilhado entre os genitores e as obrigações que dele surgem são personalíssimas.⁷⁸ Maria Berenice Dias citando Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que “A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva.”⁷⁹

Não só o Código Civil (1.630 a 1.638), também o ECA trata do poder familiar, quando fala do direito à convivência familiar e comunitária (ECA 21 a 24) e da perda e suspensão do poder familiar (ECA 155 a 163). Ainda que o ECA seja anterior ao Código Civil, constitui-se em um microssistema. Dispondo de um centro de gravidade autônomo, suas regras têm prevalência. As codificações, pelo seu grau de generalidade, não possuem qualquer capacidade de influência normativa sobre os estatutos. Por isso, como lembra Paulo Lôbo, não se vislumbra contradição (cronológica ou de especialidade) entre o ECA e o Código Civil, não se podendo alvitrar sua derrogação, salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar.⁸⁰

A citação acima traz à baila a noção de direito à convivência familiar e comunitária. Nas palavras de Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, trata-se de “direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança ou adolescente).”⁸¹

⁷⁷ Ibidem, p. 461

⁷⁸ Ibidem, p. 462

⁷⁹ Ibidem, p. 462

⁸⁰ Ibidem, p. 463

⁸¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128

Outro aspecto de suma relevância consiste na permanência de convívio familiar mesmo em face da dissolução do casamento dos genitores. Nesse sentido, Maria Berenice Dias citando Fabíola Santos Albuquerque explica que:

Como os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5º), a autoridade parental cabe a ambos os genitores. Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se dividem igualmente entre os pais (CC 1.631). Durante o casamento (CC 1.566 IV) e na vigência da união estável (CC 1.724) ambos são detentores do poder familiar. E, rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois, independente de quem detém sua guarda. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.⁸²

Ora, o divórcio não tem o condão de afastar a necessidade da criança e/ou do adolescente do afeto de seu pai ou de sua mãe. Persiste o poder familiar pois, como já visto, este não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. Destarte, “Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade, competindo aos dois seu pleno exercício.”⁸³

O direito de convivência permanece ainda que seja concedida a guarda unilateral a um dos genitores. É com base nessa premissa que se estabelece o direito de visitas.

Ambos os pais têm o dever de assistir seu filho no que tange à necessidade material e emocional, prevalecendo sempre o melhor interesse da criança, razão pela qual o não exercício do direito de visitas significa descumprir a Constituição e desvalorizar seu filho, ferindo seus direitos personalíssimos.⁸⁴

A convivência em um núcleo familiar equilibrado, seja ele formado pelos genitores ou por uma família adotiva, implica em um porto seguro para a integridade

⁸² DIAS, 2015, p. 464

⁸³ Ibidem, p. 464

⁸⁴ TOALDO, Adriane Medianeira; RIEDER, Claudia Schmitt; SEVERO, Eliane Celina Goulart Leal. O direito à convivência familiar e a possibilidade jurídica da multa cominatória. **Direito e História**, Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol 10. n. 19 e 20, set. 2012, p. 218

física e emocional de toda criança e adolescente. É estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.⁸⁵ A colocação em família substituta tem como fundamento a premissa de que toda criança e adolescente tem direito a ter uma família e a bem conviver com ela.

A ideia de que a adoção era mecanismo para conceder um filho a alguém que, biologicamente, não poderia ter foi afastada, prevalecendo a concepção do instituto como mecanismo de colocação em família substituta, consubstanciando o direito à convivência familiar e à proteção integral do adotado.⁸⁶

A propósito, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças também se manifestou em defesa da preservação dos vínculos familiares por meio da ampla convivência, normatizando em seu artigo 9º, I:

Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.⁸⁷

Como seres em desenvolvimento, as crianças e adolescentes precisam viver experiências próprias em ambiente familiar bem como em locais que compõem a comunidade onde se encontram (escola, igreja, locais esportivos, etc.) e para isso devem receber incentivo dos pais.

Neste ponto, a convivência escolar, religiosa e recreativa deve ser incentivada e facilitada pelos pais. Estes espaços complementares do ambiente doméstico constituem pontos de identificação importantes, inclusive para a proteção e o amparo do infante, mormente quando

⁸⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129

⁸⁶ FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 932

⁸⁷ Art.9º, I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20-9-1989 na Assembléia Geral das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n.99.710/90

perdido o referencial familiar. Na comunidade, ainda, a criança e o adolescente poderão desenvolver os seus direitos como cidadãos.⁸⁸

⁸⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128

3 A TUTELA E A PROTEÇÃO INTEGRAL

3.1 A Municipalização

Como já visto o Princípio da Prioridade Absoluta visa garantir os direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento e, para tanto, requer participação efetiva da família, sociedade e do Poder Público. Assim, parte da função se perfaz na adoção pelo Poder Executivo (União, Estados e Municípios) de políticas sociais que visem reduzir a pobreza, a fome e a injustiça social.

As políticas sociais são de incumbência do Poder Executivo (União, Estados e Municípios), que deve reservar parte de seu orçamento na consecução desses objetivos. A omissão deste pode ser sanada por meio de ação civil pública em que o MP possui legitimidade para propô-la.⁸⁹

Esses mecanismos executados pelo Poder Público têm como principal objetivo garantir os direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e à comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;

⁸⁹ ISHIDA, 2013, p.21

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Consoante lição de Andréa Rodrigues Amin:

(...) é mais simples fiscalizar a implementação e cumprimento das metas determinadas nos programas se o Poder Público estiver próximo, até porque reúne melhores condições de cuidar das adaptações necessárias à realidade local. Aqui está o importantes papel dos municípios na realização das políticas públicas de abrangência social.⁹⁰

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao prever a descentralização das atividades por meio da municipalização do atendimento, dissipa a esfera de atuação, de coordenação e de execução das políticas e programas referentes à criança e ao adolescente. Se antes tal esfera de atuação restava concentrada nos órgãos da União e do Estado, em razão do Estatuto, passa a englobar também os municípios em virtude de estarem esses últimos mais próximos dos problemas envolvendo a infância e a juventude.⁹¹

⁹⁰ AMIN, 2014, p. 71

⁹¹ RODRIGUES, 1999, p. 44

3.2 O adolescente em conflito com a lei e as medidas socioeducativas do ECA

Nos termos da dicção legal do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Em face de tal dispositivo há que ser feita uma ressalva: crianças que pratiquem ato infracional não recebem o mesmo tratamento conferido aos adolescentes. Trata-se de determinação do Estatuto da Criança e do Adolescente por meio de seu artigo 105 cuja redação estabelece: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.”

As medidas a que se refere o artigo 101, por sua vez, são denominadas medidas de proteção e vêm determinadas nos incisos que seguem: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial e; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Já as medidas socioeducativas, aplicáveis portanto aos adolescentes em conflito com a lei, encontram previsão no ECA nos incisos do artigo 112, sendo elas: a advertência; a obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional.

As duas últimas, a saber: a inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional são hipóteses de efetiva privação de liberdade e por isso serão analisadas com maior cautela. Nota-se que a disposição legal não é aleatória posto que segue a lógica da medida menos restritiva para a mais invasiva.

A semiliberdade consiste no recolhimento noturno do adolescente em entidade de atendimento. Admite-se a realização de atividades externas, prescindindo-

se de autorização judicial para tanto (art.120 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e obriga-se a escolarização e a profissionalização (§ 1º do art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente) . Acerca de tal medida é oportuno acrescentar:

Para Mário Volpi, a medida é capaz de substituir em muitos casos a medida de internação, já que pode ser utilizada como medida inicial ou como forma de transição entre a internação e o retorno à comunidade. A medida de semiliberdade restringe a liberdade do adolescente, afastando-o do convívio familiar e do seu meio social, sem contudo privá-lo totalmente do direito de ir e vir.⁹²

Já a internação constitui a medida mais extrema, só podendo ser aplicada nas hipóteses previstas no artigo 122 (quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta). O parágrafo 2º do retrocitado artigo reitera essa ideia ao estabelecer que “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.”

Frisa-se que o rol de incisos do artigo 122 do ECA é taxativo, de modo que a medida de internação só poderá ocorrer quando presente alguma das três hipóteses. Todavia, a sua aplicação é uma alternativa ao julgador e não um mandamento. Em outras palavras, mesmo presente alguma(as) das hipóteses o juiz ao analisar as nuances do caso concreto poderá (deverá) concluir pela aplicação de uma medida menos severa.

Realmente, a semiliberdade e a internação só podem ser aplicadas se constatado o enquadramento do comportamento juvenil infracional em um dos incisos do art.122 do Estatuto. Porém, a recíproca não é verdadeira, já que, verificada a ocorrência de um das referidas

⁹² VOLPI apud RODRIGUES, 1999, p. 65

hipóteses, não haverá que se aplicar necessariamente uma das duas medidas privativas de liberdade nominadas.⁹³

Ao fim, ainda há que mencionar o teor do art. 42, § 2º, da Lei do SINASE: “Art. 42 (...) § 2º A gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave”.⁹⁴

Além de analisar as particularidades do caso concreto, o ECA tem previsão no sentido de que “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” (art.121)

Na visão de Válter Kenji Ishida o princípio da brevidade traduz a ideia de que a medida deve perdurar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente. Em decorrência dele, o ECA estipula o prazo máximo de 3 anos (parágrafo 3º). Já a excepcionalidade se perfaz no sentido de que deve ser a última medida a ser aplicada pelo Juiz quando da ineficácia de outras. Ao passo que o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento visa manter condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, por exemplo, garantindo seu ensino e profissionalização.⁹⁵

O referido princípio da brevidade tem como escopo alcançar o menor período possível da vida do adolescente. Nesse sentido se manifestaram Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos:

A adolescência é a menor fase da vida, um verdadeiro rito de passagem. Compreende a idade entre os 12 e os 18, durando apenas 6 de todos os anos da existência de uma pessoa. Por isso, a preocupação do

⁹³ TEIXEIRA, Caroline Kohler. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. **Revista da ESMESC**, v. 20, n.26, 2013, p. 42

⁹⁴ Ibidem, 2013, p.48

⁹⁵ ISHIDA, 2013, p.289

legislador com a internação, limitando a sua duração a 3 anos, o que já se constitui em metade deste período de amadurecimento.⁹⁶

Cumpra asseverar que em face da internação o adolescente se afasta da convivência familiar, fato como já demonstrado, altamente prejudicial para a formação da personalidade e caráter do mesmo. No mais, é cediço que os estabelecimentos destinados ao cumprimento de medidas socioeducativas são, em realidade, ambientes altamente promíscuos, opressores e que acabam, portanto, construindo nos adolescentes a imagem de que são criaturas violentas e de natureza perversa.

(...) a internação é a medida sócio-educativa com as piores condições para produzir resultados positivos. Com efeito, a partir da segregação e da inexistência de projeto de vida, os adolescentes internados acabam ainda mais distantes da possibilidade de um desenvolvimento sadio. Privados de liberdade, convivendo em ambientes, de regra, promíscuos e aprendendo as normas próprias dos grupos marginais (especialmente no que tange a responder com violência aos conflitos do cotidiano), a probabilidade (quase absoluta) é de que os adolescentes acabem absorvendo a chamada identidade do infrator, passando a se reconhecerem, sim, como de má índole, natureza perversa, alta periculosidade, enfim, como pessoas cuja história de vida, passada e futura, resta indestrutivelmente ligada à delinquência (os irrecuperáveis, como dizem eles). Desta forma, quando do desinternamento, certamente estaremos diante de cidadãos com categoria piorada, ainda mais predispostos a condutas violentas e anti-sociais. Daí a importância de se observar atentamente as novas regras legais referentes à internação, especialmente aquelas que dizem respeito à excepcionalidade da medida, sua brevidade e, a todo o tempo, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (de ressaltar também o novo elenco de direitos pertinentes ao adolescente internado, conforme disposição do art. 124 do ECA)⁹⁷

Nesse diapasão a medida socioeducativa:

É a providência originada da sentença do juiz da infância e da juventude através do devido processo legal de natureza educativa, mas

⁹⁶ MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1027

⁹⁷ MAIOR, 2010, apud TEIXEIRA, 2011, p.28-29

modernamente também com natureza sancionatória como resposta ao ato infracional cometido pelo adolescente.⁹⁸

Esse conceito revela alguns aspectos que merecem especial atenção. Vejamos: o caráter educativo da medida; a necessidade de estar caracterizado o devido processo legal para sua legitimidade; a natureza sancionatória da mesma e; sua imposição enquanto resposta à um ato infracional. Começaremos analisando o último aspecto.

O ECA define ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art.103). Em seguida o artigo 105 acrescenta: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101” (medidas de proteção).

Por detrás da diferenciação entre criança e adolescente existente no ECA está a capacidade de entendimento para a aplicação da medida socioeducativa. Neste raciocínio, um menor de 12 anos não possui capacidade de receber tal medida assim como um menor de 18 anos não possui capacidade para ser sancionado através de uma pena.⁹⁹

O anterior Código de Menores de 1979 fornecia um poder absoluto aos juízes, podendo aplicar a medida de internação em qualquer caso, incluindo os menores em situação irregular e os que cometessem ato infracional. Havia somente uma diferenciação do procedimento para os menores entre os 10 e 14 anos e os menores de 10 anos. A internação não possuía prazo, podendo se estender após os 21 anos, ficando nesse caso de competência do juiz das execuções penais (art.40, parágrafo 3º).¹⁰⁰

No modelo de responsabilidade atual o ato infracional só existe se houver figura típica que o preveja. O chamado “desvio de conduta” aos moldes do art.2º do Código de Menores não é mais suficiente para legitimar o exercício do poder punitivo do Estado sobre crianças e adolescentes.

⁹⁸ ISHIDA, 2013, p.270

⁹⁹ Ibidem, p.243

¹⁰⁰ Ibidem, p.243

É por isso que Karyna Batista Sposato afirmou que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade, o que implica dizer que uma medida socioeducativa somente pode ser admitida quando a conduta atribuída ao adolescente corresponder a uma das condutas típicas extraídas do ordenamento penal positivo.¹⁰¹

O citado princípio tem dado respaldo para que o operador jurídico assegure que o adolescente tenha, no mínimo, um tratamento processual que lhe confira as mesmas garantias atribuídas aos imputáveis, além daquelas que lhe são próprias, inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente, e que se justificam em sua condição de pessoa em peculiar estágio de desenvolvimento.¹⁰²

A mencionada autora argumenta que a condição social do adolescente ainda é o principal fundamento utilizado para a imposição de tal medida, afastando-se portanto da análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua legalidade, à autoria e a proporcionalidade da resposta sancionatória. Nesse sentido:

Vale dizer que a imposição de uma medida socioeducativa não pode fundamentar-se em condições pessoais dos adolescentes, tais como a falta de respaldo familiar, a baixa escolarização, a presença de algum sofrimento psíquico, entre outras circunstâncias que não traduzem a prática de um ilícito penal, e que denotam, sobretudo, a ausência de um política de atenção à adolescência e juventude em suas necessidades.¹⁰³

Afirma ainda que as medidas socioeducativas se sustentam num discurso compensatório, considerando como principal fundamento a condição social de vulnerabilidade do adolescente e, muitas vezes, sem a observância do devido processo legal e do contraditório. Acerca do aspecto do devido processo legal vale mencionar:

Se no Código de Menores de 1979 a autoridade judiciária podia aplicar, inclusive de ofício, medida de internação ao 'menor com desvio de

¹⁰¹ SPOSATO, 2014, p. 59

¹⁰² TEIXEIRA, 2013, p.48

¹⁰³ SPOSATO, 2014, p.34-35

conduta, ou autor de infração penal (arts. 14,15,40 e 41), hoje o Juiz de Infância e da Juventude, no processo judicial de apuração de ato infracional, precisa observar o devido processo legal, jamais olvidando as garantias processuais penais previstas no ECA e na legislação processual correlata, cujas regras aplicam-se subsidiariamente de acordo com o art.152 do Estatuto.¹⁰⁴

No mesmo sentido, temos que:

A imposição de medidas socioeducativas como antídoto à situação de vulnerabilidade do adolescente reflete a resistência em superar o paradigma das legislações de menores, ou seja, a chamada Doutrina da Situação Irregular, fundada numa ideologia tutelar, terapêutica e higienista. Vale dizer que a situação irregular legitimou durante mais de seis décadas uma intervenção estatal, não raro violenta, no estado perigoso sem delito, verificável dentre os menores de idade.¹⁰⁵

E aqui adentramos outro aspecto do conceito acima mencionado, qual seja: o caráter sancionatório das medidas socioeducativas. Para Karyna Batista Sposato, elas são em verdade penas, já que representam o exercício do poder coercitivo do Estado, implicando por conseguinte em uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. Uma vez caracterizadas como penas, a legalidade se torna pressuposto necessário para que sejam aplicadas.

Destaque-se que a medida socioeducativa, assim como pena o é, deveria condicionar-se ao princípio da legalidade, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizou como técnica a tipificação delegada, ou seja, a aplicação dos tipos penais adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil.¹⁰⁶

Ocorre que mesmo ante os avanços da matéria em decorrência da entrada em vigor do ECA, ainda permanece vivo um direito penal do autor nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude.¹⁰⁷ Isto, pois as medidas socioeducativas ainda se

¹⁰⁴ CHERMONT in Confissão de ato infracional e garantias processuais do adolescente, p.207 apud ISHIDA, 2013, p. 262

¹⁰⁵ SPOSATO, 2014, p. 30

¹⁰⁶ SPOSATO, 2014, p. 34

¹⁰⁷ SPOSATO, 2014, p.31

fundamentam em condições pessoais dos adolescentes, não estendendo aos mesmos as garantias próprias do direito penal dos adultos em completa afronta ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Afonso Armando Kozen assevera que tais medidas possuem um caráter pedagógico e outro sancionatório. O primeiro se justifica pelo objetivo de reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social. Enquanto o último se caracteriza como uma resposta do Estado pela lesão decorrente da conduta típica praticada.¹⁰⁸

Esse caráter sancionatório das medidas socioeducativas demonstra a contradição que ainda existe nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude, pois o mesmo Poder Público que não exerceu suas funções na garantia e efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 88 e no ECA, utiliza de coercibilidade para punir¹⁰⁹. Dito em outras palavras: “o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta fosse conforme a norma.”¹¹⁰

Não obstante a crítica acima, o caráter sancionatório da medida socioeducativa não deve ser desconsiderado sob risco de se atribuir uma pena revestida da ideia de uma proteção, um benefício ao adolescente infrator.

Por exemplo, a medida de internação em estabelecimento educacional consiste em real e efetiva privação de liberdade e, como tanto, tem de ser limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade, da legalidade e da excepcionalidade. Implica, portanto, dizer que : “A restrição da liberdade deve significar

¹⁰⁸ KOZEN apud MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1010

¹⁰⁹ Segundo Edson Seda: “A ameaça a direitos pelo Estado pode ser classificada em duas categorias: A primeira categoria se pode reconhecer quando se observa o não-oferecimento de um serviço público devido (ou seja, se o serviço é indispensável para atender necessidades básicas da população infanto-juvenil, há ameaça e/ou violação de direitos quando o serviço deixa de existir); a segunda categoria ocorre através da oferta irregular de serviço devido (que se traduz em não-funcionar, funcionar mal ou com atraso o serviço que existe).” SEDA, p.27

¹¹⁰ SPOSATO, 2014, p.33-34

apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir, e não de outros direitos constitucionais.”¹¹¹

A falsa percepção de que a medida de internação constitui-se uma “benesse” e reveste-se de caráter protetivo afasta sua verdadeira índole penal e, conseqüentemente, os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados nesse campo.¹¹²

Faz-se mister lembrar que a medida de internação é excepcional e extrema, pois submete à criança e/ou o adolescente a privação de liberdade em um estabelecimento que muito se assemelha aos prisionais, no dizer de Sotomayor¹¹³ se diferencia das prisões apenas pelo “rótulo externo”.

Logo, se justifica apenas nas situações em que nenhuma outra medida possa ser aplicada e nunca como forma de “proteger” a criança ou o adolescente de si mesmo, de seu comportamento tido como “perigoso”, como se a infração decorresse de alguma característica inerente à sua personalidade.

A construção da ideia de periculosidade dos adolescentes é outro aspecto bastante frequente nos argumentos de justificação para a imposição de sanção mais gravosa. Há uma efetiva criação da periculosidade social dos adolescentes, que passa a ser legalmente presumida e decorrente de condições pessoais ou de *status* social como ‘comportamento tendente à delinquência’, reincidência e até mesmo pertinência a determinados grupos de amigos.¹¹⁴

Dessa forma, “Resta evidente que o que adolescente é tem mais peso do que o que ele eventualmente tenha feito.”¹¹⁵ E essa visão do “ser” prevalecendo sobre o “agir” é que torna discricionária a aplicação do ECA. Nota-se que:

A mesma situação jamais seria admitida na justiça penal comum, um adulto não seria submetido à prisão preventiva sob o argumento de

¹¹¹ SPOSATO, 2014, p.122

¹¹² Ibidem, p.113-114

¹¹³ SOTOMAYOR, apud SPOSATO, 2014, p.120

¹¹⁴ Ibidem, p.126

¹¹⁵ Ibidem, p.127

necessitar de proteção. É evidente que em tal situação o adolescente é submetido a condições mais severas do que um adulto seria. Também são encontradas categorias estereotipadas de desajuste social e propensão à violência como características atribuídas ao adolescente.¹¹⁶

Outro aspecto de suma relevância relacionado à resposta satisfatória da aplicação das medidas socioeducativas privativas de liberdade consiste no perfil das instituições destinadas ao cumprimento de tais medidas.

Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou em seu artigo 123 que “A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.” Complementando no parágrafo único do mesmo artigo: “Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.”

Seguindo o contexto, o artigo 124 elencou os direitos assegurados aos adolescentes privados de liberdade, ao passo que o artigo 125 trouxe expressamente a noção de que “É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.”

Essas são algumas premissas e condições de funcionamento para que as instituições cumpram a finalidade ressocializadora. No entanto, a realidade demonstra a precariedade do sistema tão negligenciado pelo Poder Público.

A realidade institucional vem negando a teoria, contradizendo a concepção preconizada no Estatuto, tão bem delineada nos seus dispositivos e tão pouco efetivada na prática. Os profissionais que atuam na área da infância e da juventude enfrentam a ausência de políticas públicas que proporcionem a efetivação dos direitos assegurados a crianças e adolescentes.¹¹⁷

¹¹⁶ Ibidem, p.125

¹¹⁷ RODRIGUES, 1999, p. 71

Siro Darlan em visita ao Instituto Padre Severino, estabelecimento de cumprimento das medidas socioeducativas, escreveu algumas impressões do local em texto intitulado “Visita ao inferno por R\$4.400,00 por adolescente”:

Não foi surpresa saber que onde só cabem 130 jovens em cumprimento de medida havia 230. Horrorizada, a equipe que visitava o Instituto Padre Severino constatou que o lugar que chamam de cama era uma beliche de cimento sem colchão, onde dormem dois, às vezes três jovens adolescentes. Escova de dente só possuem aqueles que recebem dos familiares. Assim mesmo, é cortada pela metade pelos agentes de segurança. O local destinado à higiene pessoal estava infestado de ratos e baratas e a comida servida em “quentinhas” frias e com limite de cinco minutos para engolirem, o que é servido duas vezes ao dia. As oficinas profissionalizantes não funcionam porque há mais de três anos não recebem materiais e os mestres estão ociosos. Uma única oficina ainda resiste ao aprendizado de fazer pipas, graças a doações dos funcionários e ao esforçado professor. Os jovens permanecem enjaulados nas celas infectas e promíscuas de onde só saem para o refeitório e para as salas de aula, único serviço que funciona bem graças ao convênio com a Secretaria de Educação e aos esforços das professoras que se dedicam ao ensino básico e precário dos jovens infratores. Os médicos e medicamentos são raros, não há antibióticos e muitos jovens apresentam sinais de violência em seus corpos sem o tratamento adequado. Sarna e coceiras são constatados sem maior esforço através da simples visualização.(...) Como se vê, as unidades de internação costumam ser idênticas e muitas vezes piores que as prisões de adultos. Podemos afirmar que muitas vezes os jovens infratores são punidos mais severamente que os adultos. As unidades funcionam sempre com superlotação e más condições estruturais, com permanente ameaça de rebelião. As famílias são mantidas à distância e os poucos familiares que conseguem manter os vínculos são submetidos a constrangimentos, como revistas que os obrigam a ficar de cócoras, quase totalmente despidos, o que inibe as visitas e coloca longe os objetivos de reinserção familiar e comunitária. (...) ¹¹⁸

Muito se fala em ressocialização, mas a estrutura das instituições de aplicação de medidas socioeducativas demonstra uma postura contrária: adolescentes trancafiados em estabelecimentos deploráveis, entregues ao ócio, denominados por

¹¹⁸ OLIVEIRA; ROMÃO, 2015, p. 121-125

“números”, submetidos à maus-tratos de toda sorte, privados de higiene e alimentação adequada, dentre tantas outras formas de afronta e negação aos direitos fundamentais.

É indiscutível que o discurso jurídico é voltado para a educação, para a ressocialização, mas as práticas sociais repressivas permanecem. Depreende-se daí a óbvia constatação de que uma lei, por melhor que seja, não tem o condão de mudar as práticas sociais. O impacto das políticas globais sobre a esfera local não tem o resultado esperado se essas políticas não vierem acompanhadas de profundas mudanças estruturais nas instituições.¹¹⁹

4 OS INVISÍVEIS

É irrefutável que a Doutrina da Proteção Integral consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe nova perspectiva ao tema na medida em que crianças e adolescentes passaram a ocupar o lugar de sujeitos de direitos, merecedores, portanto, da garantia dos mesmos direitos assegurados aos demais cidadãos, com a particularidade de que gozam da prioridade absoluta a que se refere o artigo 227 da Constituição de 1988.

Todavia, esse avanço no tratamento jurídico não foi acompanhado de efetiva mudança no campo social. Prova disso consiste no episódio ocorrido em Julho de 1993 na cidade do Rio de Janeiro, três anos após a decretação da Lei n. 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente). No transcorrer da madrugada de 23 de Julho de 1993 dezenas de crianças e adolescentes que dormiam nos arredores da Igreja da Candelária foram surpreendidas por um grupo armado que brutalmente efetuou disparos de arma de fogo contra eles. Sete meninos tiveram suas vidas ceifadas e outros tantos saíram feridos, amedrontados, eternamente marcados pelo evento que ficou conhecido como a Chacina da Candelária.

¹¹⁹ RODRIGUES, 1999, p. 73

O Estado do Rio de Janeiro, no final da década de 1980 e início de 1990, estava contaminado com a cultura do extermínio. Mesmo com a recente democratização do Estado e o início da disseminação dos Direitos Humanos, o ranço da justiça com as próprias mãos estava impregnado em setores da sociedade e, sobretudo, em corporações e instituições policiais do Estado.¹²⁰

Desde o infeliz episódio milhões de crianças ainda permanecem nas ruas, vítimas da violência, da miséria e indignidade. São inseridas na criminalidade por falta de opção e amparo. De invisíveis passam a indesejáveis no momento em que cometem atos infracionais. A sociedade então se inflama na busca por Justiça.

Impõe-se solução. Necessário se torna que urgentemente se rompa toda esta multidão contemplativa e aflita para uma ação em favor daquele que quer viver, que quer justiça, que quer ser gente. São milhares de rostos que gritam para nós a mesma mensagem. Todos batem às portas da Justiça em busca de socorro, amparo e solução. Esses rostos não nos pedem contemplação, displicência ou descaso. Pedem ação. É preciso que o Estado lhes mate a fome, lhes sare as feridas, lhes devolva o brilho da humanidade pela dignidade e pelo serviço. Quantos são os rostos que nos olham e nos interpelam, nos seguem e nos suplicam. Rostos de crianças e adolescentes subnutridos, de jovens desorientados, de mulheres desfiguradas, de excluídos.¹²¹

Trata-se, por assim dizer, de um protesto que busca Justiça sem querer reconhecer a primeira e maior injustiça de todas. Pois esses adolescentes que vivem na ilicitude, há pouco eram crianças esquecidas por todos. Abandonados duas vezes: primeiro por suas famílias desestruturadas que, na maior parte das vezes, os tinham como indesejáveis desde a concepção. Segundo, pelo Estado que lhes negou o mínimo existencial desde o minuto que vieram ao mundo. Sujeitos de direitos por lei, mas objetos de injustiça por realidade.

Não há que se falar em impunidade. Assegurar que se cumpram os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 e consagrados no Estatuto da Criança

¹²⁰ OLIVEIRA; ROMÃO, 2015, p. 54

¹²¹ VENTURA, Paulo Roberto Leite. **A criança, o adolescente e a família**. Rio de Janeiro, 2005, p.3

e do Adolescente, jamais pode ser confundido com ser conivente com a prática de infrações penais.

Ora, como se pretendeu demonstrar, pela política criminal adotada no Brasil os adolescentes em conflito com a lei não estão isentos de punição, ao passo que cumprem medidas socioeducativas previstas em lei especial. Não estão perdoados em razão de terem na ilicitude a única alternativa. Respondem, muitas vezes institucionalizados em estabelecimentos que comprometem, colocam em risco suas integridades físico-psíquicas.

Destarte, o que se busca não é a justificativa para as infrações cometidas pelos nossos adolescentes. O que se pretende é descortinar o véu da invisibilidade que os encobrem até o instante que atuam como infratores. É preservá-los, nesse momento, da “justiça com as próprias mãos”, negando a imagem perversa e desumana que a sociedade constrói em torno deles. Colocando-os de volta na posição de “sujeitos de direitos”, da qual nunca deveriam ter saído.

É cediço que a violência não cessará até que a última criança seja retirada das ruas e amparada por uma família disposta a prover amor, saúde, alimentação, e educação. Ou na ausência de tal entidade, que o Estado reconheça sua obrigação e o faça. Que demonstre sua força enquanto provedor dos desfavorecidos e não unicamente na ocasião de punir os infelizes.

O apelo é para que a descrença no Poder Público ante a inércia deste nas causas sociais somada aos incessantes escândalos de corrupção não seja fator impeditivo de uma Justiça guiada por garantias processuais para todos aqueles que se encontrem em conflito com a lei. Que os meios de comunicação não façam emergir os termos pejorativos e estigmatizantes de crianças e adolescentes que tanto esforço demandaram para que fossem retirados de nossos diplomas legais.

4.1 A Política de atendimento por meio dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A nova realidade jurídico-normativa que se perfaz com o advento da Constituição de 1988 sobretudo no que diz respeito aos direitos propagados em seu

artigo 227, ensejou a necessidade de construção de uma política de atendimento voltada a criança ou adolescente.

Destarte, tal política de atendimento teria como escopo a materialização da diretiva constitucional expressa no inciso II do artigo 204, qual seja: “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”. É nesse contexto que o Estatuto da Criança e do Adolescente criou “legítimos instrumentos de democracia participativa na matéria infantojuvenil”¹²²: os denominados Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente foram idealizados pelo legislador infraconstitucional no art.88, II, do ECA, como detentores da missão institucional de deliberar, bem como controlar as ações da política de atendimento nas esferas federal, estadual e municipal; devem, portanto, ser criados por todos os entes federativos. Têm como característica fundamental a composição paritária, ou seja, a formação por igual número de representantes do governo e da sociedade civil, garantida a participação desta última por meio de organizações representativas.¹²³

Em outras palavras são órgãos colegiados criados por lei por meio dos quais, concretamente, se busca assegurar absoluta prioridade e proteção integral ao segmento infantojuvenil. Desse modo, as pessoas que os compõem são a materialização da participação da sociedade na construção de uma política de atendimento. Tanto assim é que o artigo 89 do ECA veda expressamente a remuneração dos conselheiros de direitos, em virtude do caráter eminentemente político e transitório das atividades por este exercidas.¹²⁴

É relevante frisar que Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente mesmo sendo órgãos públicos despidos de personalidade jurídica própria, possuem independência e autonomia em relação à chefia do Poder Executivo. O que implica dizer que possuem “capacidade decisória em relação à infância e à juventude, a cujas

¹²² TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p, 443

¹²³ Ibidem, p, 443

¹²⁴ Ibidem, p.444

deliberações devem se submeter todos os demais, inclusive, a chefia do ente federativo ao qual estiver vinculado(...)”.¹²⁵

Tal compreensão é essencial para a acedência de que, uma vez realizada a deliberação pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente – e estando o ato em conformidade com os requisitos e pressupostos dos atos administrativos em geral, e, ainda, com as regras procedimentais constantes da legislação de regência – não resta alternativa à Chefia do Poder Executivo, senão acatar e respeitar a vontade do colegiado, sendo-lhe vedada, portanto, a criação de qualquer espécie de embaraço à sua execução, sob pena de responder administrativamente ou criminalmente tal ato.¹²⁶

Outra característica que merece devida atenção reside na ideia de paridade trazida à baila pelo art.88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que por sua vez estabelece serem diretrizes da política de atendimento a:

criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

Tal composição paritária nada mais significa que uma imposição por parte do legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente de haver igual número de membros da sociedade civil e do Estado na composição dos Conselhos de Direito. O objetivo é que as deliberações tenham cunho efetivamente democrático.

São comumente indicados para compor os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, como representantes do Poder Público, órgãos relacionados, direta ou indiretamente, à política de atendimento da população infantojuvenil, como por exemplo, os órgãos responsáveis pelas políticas sociais básicas, pelas políticas de assistência social, bem como os que exercem o controle das finanças e realizam o planejamento das ações do governo; adotando-se entendimento no sentido de que são os Conselhos de Direitos órgãos que integram o Poder Executivo,

¹²⁵ Ibidem, p.444-445

¹²⁶ Ibidem, p.453

não se admitirá a sua composição, na parte governamental, por órgãos estranhos a tal poder.¹²⁷

O legislador estatutário delimitou tarefas aos Conselhos dos Direitos. Uma delas é a de gestão dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, compreendendo assim duas linhas principais de atuação: a primeira de indicação da destinação de seus recursos financeiros e; a segunda, de controle da aplicação de tais recursos.

Ao regulamentar o artigo 227 da Carta Magna, o legislador, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, dotou os Conselhos de Direitos com orçamento próprio para financiar os projetos públicos e privados que priorizem os eixos garantidores da efetivação dos direitos das crianças e adolescentes. O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, alimentado por verbas originárias dos orçamentos públicos, de doações de pessoas físicas e jurídicas, através da renúncia fiscal, e as receitas originárias das multas aplicadas pelo Poder Judiciário em razão do descumprimento das medidas de proteção à infância e juventude, destinam-se ao financiamento dessa política de proteção integral.¹²⁸

Outra tarefa, desta vez adstrita ao âmbito municipal, concerne à responsabilidade pela organização e pela condução do processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar.¹²⁹

Há previsão dessa tarefa no artigo 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente com nova redação dada pela Lei n. 8.242 de 1991, o qual segue *in verbis*: “O processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em lei municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público.”

¹²⁷ Ibidem, p. 448

¹²⁸ OLIVEIRA; ROMÃO, 2015, p.161

¹²⁹ TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 457 e 461

4.2 A participação do Ministério Público na defesa dos direitos das crianças e adolescentes

Consoante o exposto, fica irrefutável a participação do Ministério Público no sentido de fiscalizar, arguir a constitucionalidade dos fatos. Segundo Siro Darlan de Oliveira e Luis Fernando de França Romão o artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que criou o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, inseriu na composição do colegiado representações do Ministério Público bem como de outros entes: Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados.

Segundo os autores: “Essa participação é consequência natural da ideia de criação de um mecanismo de projeção da democracia com a finalidade de normatizar, deliberar e controlar a política integrada de assistência à infância e à juventude.”¹³⁰

Tanto é que desde a fundação do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente vários membros do *Parquet* atuaram no Conselho. Isso graças ao fato de que em nosso ordenamento jurídico é possível que haja, usando as palavras de Siro Darlan de Oliveira e Luis Fernando de França Romão, uma “interação sistêmica das instituições democráticas”¹³¹, sem a qual restaria prejudicada a garantia e proteção integral das crianças e adolescentes.

Assim, é possível observar que o Ministério Público Estadual tem um histórico de participação e integração junto ao Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, desde sua fundação, tendo tido por representante titular um Procurador-Geral da Justiça e pleiteado, inclusive, a Vice-Presidência do colegiado.¹³²

Os artigos 200 a 205 o Estatuto da Criança e do Adolescente ampliaram sobremaneira as funções do Ministério Público. O antigo curador de menores que outrora se limitava aos pedidos de colocação em família substituta, passou a ter

¹³⁰ OLIVEIRA; ROMÃO, 2015, p. 142

¹³¹ OLIVEIRA, Siro Darlan de. ROMÃO, Luis Fernando de França. p. 145

¹³² Ibidem, p. 145

legitimidade para interceder em favor dos interesses individuais, coletivos e difusos da criança e do adolescente. Somado à isso, o Promotor de Justiça da Infância e Juventude assumiu grande importância no que concerne à fiscalização das políticas públicas na área da educação, aos moldes do que sugere o artigo 208 do ECA.¹³³

Algumas competências são atribuídas ao Ministério Público em leis extravagantes. O Estatuto da Criança e do Adolescente dedica-lhe um capítulo (ECA 200 a 205). Deve officiar em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e Juventude (ECA 201 III). Atua tanto como parte como na condição de fiscal da lei, devendo sempre ser intimado pessoalmente (ECA 203). No âmbito da jurisdição de família, dispõe de significativos poderes, no que respeita à guarda (ECA 35), à adoção (ECA 50 § 1º), à perda ou suspensão do poder familiar (ECA 155), aos alimentos, à nomeação e à remoção de curadores e guardiães (ECA 201 III). Dispõe também de amplos poderes investigatórios, devendo zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados a crianças e adolescentes (ECA 201 VIII). Tem livre acesso a todo local onde se encontra criança ou adolescente (ECA 201 § 3º). A legitimação do Ministério Público é concorrente, sendo meramente exemplificativo o rol legal de suas atribuições.¹³⁴

Há que ser ressaltado que houve uma amplitude dos direitos a serem defendidos pelo Ministério Público, pois além dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o Promotor de Justiça da Infância e Juventude também possui atribuição para a defesa dos direitos puramente individuais.

As atribuições para defesa dos direitos puramente individuais incumbem ao Promotor de Justiça da Infância e da Juventude e estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como: legitimidade para propositura de alimentos (art., 201, III), legitimidade para a propositura de medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para o respeito dos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes (art. 201, VIII); legitimidade para impetrar mandado de segurança (art. 201, IX), dentre outras.¹³⁵

¹³³ ISHIDA, 2013, p. 512

¹³⁴ DIAS, 2015, p. 81-82

¹³⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.522

Assim também entendeu a Vigésima Primeira Câmara do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro em Apelação Cível pela legitimidade ativa do Ministério Público na defesa de direito individual de criança acolhida em abrigo portadora de catarata traumática necessitando de cirurgia com urgência.

Ementa

ANDRE EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ATUANDO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL EM DEFESA DO INTERESSE INDIVIDUAL DE MENOR LARA CRISTINA DA SILVA, ACOLHIDA NO ABRIGO "CASA DO CAMINHO", PORTADORA DE CATARATA TRAUMÁTICA NO OLHO DIREITO NECESSITANDO DE CIRURGIA COM URGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DO CARMO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO ENTE PÚBLICO. Preliminar de ilegitimidade ativa que não merece acolhida,...(Ver ementa completa) pois exsurge irrefutável dos arts. arts. 127, 129, II, III, da CR, bem como dos art. 201, V, e 210, I, do ECA, a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura de ação de interesse de crianças e adolescentes, justificando a atuação do Parquet como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. ("Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Tratamento de saúde, pelo estado, a menor hipossuficiente. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Arts. 5º, 6º, 196 e 227 da CF/1988." REsp 948579/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 13/09/2007, p. 178). Direito da criança de receber atendimento emergencial especializado, para a garantia do direito à vida e a saúde, é claramente previsto no art. 11 do ECA. Incumbe ao Ministério Público, por força de lei, a obrigação de exigí-lo e à Justiça da Infância e da Juventude a obrigação de efetivá-lo através do comando ao Réu no sentido de que este forneça à criança os meios necessários que lhe possibilitem viver. Demonstrada a necessidade do tratamento, impõe-se aos entes públicos o dever de fornecê-lo àqueles que não podem arcar com os custos para sua aquisição. ... Necessidade da menor que encontra flagrante respaldo, pois resta evidente a responsabilidade do ente público pela garantia da saúde do cidadão, 'direito fundamental do ser humano', nos termos dos artigos 196, da CR. Políticas de saúde pública que devem se amoldar às necessidades da população, mormente da carente de recursos financeiros, e não o contrário. Por fim, observa-se que, embora a ausência de contestação por parte da Fazenda Pública, com a consequente aplicação da revelia

não tenha gerado a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor, só resta a este Relator confirmar a sentença guerreada, posto que a intervenção cirúrgica necessária ao tratamento da menor e a omissão do poder público em fornecer as providências que assegurarão sua saúde encontram-se cabalmente comprovados nos autos. O direito de Lara ao tratamento demandado é incontestável. Magistrado sentenciante que esgotou a questão meritória, apreciando-a sob todos os seus aspectos, inclusive determinando o envio de cópia da sentença ao Ministério Público de Tutela Coletiva em razão da contumaz revelia do Município nas ações judiciais na atual administração. RECURSO VOLUNTÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO COM AMPARO NO CAPUT DO ART. 557, DO CPC. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA, INCLUSIVE EM REEXAME NECESSÁRIO. [destacou-se]

De forma análoga decidiu a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em prol da efetivação de direitos individuais heterogêneos de crianças e adolescentes, visando o resguardo dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

Ementa

JORGE LUIZ HABIB - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE LEITE E TRATAMENTO NEUROLÓGICO BEM COMO MEDICAMENTOS E INSUMOS. PACIENTE MENOR PORTADOR DE ALERGIA ALIMENTAR E DISTURBIO DE COMPORTAMENTO, SEM CONDIÇÕES PARA ADQUIRIR O LEITE RECEITADO E DEMAIS MEDICAMENTOS, DE ELEVADO CUSTO E NECESSIDADE INADIÁVEL. DEVER DO ESTADO COMO INTEGRANTE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA VARA DA INFANCIA, JUVENTUDE E IDOSO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Não há que se falar em incompetência do Juízo da Vara da Infância Juventude e Idoso porquanto, nos termos dos artigos 148, inciso IV, e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente, àquele compete conhecer das ações civis em que se discutam interesses individuais afetos à criança ou adolescente, tratando-se de norma de natureza especial que prevalece sobre as disposições do CODJERJ. No que tange à alegada ilegitimidade ministerial e impropriedade da via eleita, os artigos 201, V e 208, VI e VII do ECA reconhecem a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em prol da efetivação de direitos individuais heterogêneos de crianças e adolescentes, visando o resguardo de direito fundamental, bem como para impedir a vulneração aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e tal atribuição encontra assento constitucional no art. 127 da CRFB. Precedentes da

Corte e do STJ. Nos termos da Súmula TJRJ 179, "Compreende-se na prestação unificada de saúde a obrigação do ente público de fornecer produtos complementares ou acessórios aos medicamentos, como os alimentícios e higiênicos, desde que diretamente relacionados ao tratamento da moléstia, assim declarado por médico que assista o paciente." Eventuais problemas orçamentários não podem obstaculizar a implementação do direito previsto constitucionalmente. Quando o Município é réu sucumbente, a taxa judiciária é devida. Inteligência do art. 115 do Código Tributário Estadual, Súmula 145 TJRJ e Enunciado 42 FETJ. Consoante entendimento dominante no E. STJ, descabe a condenação dos réus ao pagamento de honorários de advogado em favor do Ministério Público quando vencedor em sede de ação civil pública. NEGADO SEGUIMENTO A AMBOS OS RECURSOS REFORMA PARCIAL EM REEXAME NECESSÁRIO. [destacou-se]

Ademais, o membro do Ministério Público desempenha funções junto ao adolescente infrator e também cuida do menor em situação do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, quando a criança ou o adolescente tiver seus direitos ameaçados ou violados: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou ainda em razão de sua conduta.

Vale mencionar ainda o Ministério Público enquanto fiscal da atuação do Conselho Tutelar. Este último não se confunde com o já citado Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, pois tem como objetivo principal promover (e não deliberar) ações destinadas à proteção dos direitos infantojuvenis. Trata-se de órgão público, de natureza administrativa, instituído por lei municipal, cujas características fundamentais são: a permanência, a autonomia e o não exercício de jurisdição.¹³⁶

Outrossim, o legislador estatutário por meio do artigo 139 da Lei n. 8.069/90 determinou a competência do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente para coordenar e organizar o processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar e, de igual modo, atribuiu ao Ministério Público o dever de fiscalizá-lo.

¹³⁶ TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468-471.

CONCLUSÃO

Ao passo que a Constituição de 1988 preconizou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito lançou novo olhar sobre o enfoque da criança e do adolescente. Fora como o despertar da consciência de que não há razão em pensar na dignidade da pessoa humana, se aqueles que estão em desenvolvimento carecem de um tratamento jurídico adequado.

O avanço consistiu na ruptura de uma doutrina segregatória e meramente punitiva, para outra mais próxima da responsabilidade social. A regulamentação jurídica passou do “Menor” estigmatizado e em Situação Irregular para toda e qualquer pessoa em fase de desenvolvimento, merecedora, portanto, de um sistema jurídico garantidor de direitos fundamentais.

A mudança também se deu no perfil das famílias brasileiras, tendo o Direito passado a reconhecer e regular as mais diversas formas de convivência familiar com base no afeto. Nesse sentido expõem Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.¹³⁷

Trata-se de grande conquista. Há que se ter em mente que não fosse o reconhecimento da nova feição das famílias brasileiras, o Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente restaria em perigo. Isso pois o modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e despatrimonializado é o que mais assegura a Dignidade da Pessoa Humana.

¹³⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.62

Alterou-se a concepção assistencialista da infância e adolescência que por muitas décadas perdurara no cenário nacional. Como visto, a modificação contou com a participação popular, culminando na Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA enquanto criação coletiva e fruto de um movimento pela conscientização social do qual várias categorias populares fizeram parte, representa sem dúvida um enorme avanço no que diz respeito ao estabelecimento de garantias e direitos infantojuvenis.

Por meio desse novo diploma legal, traçou-se o caminho para a efetivação dos princípios constitucionais. Antes havia um Direito do Menor. Hoje crianças e adolescentes alcançaram o patamar de sujeitos de direitos, não importando se ricos ou pobres, estruturados em núcleo familiar ou abandonados, em conformidade com a lei ou inseridos na criminalidade. A Situação Irregular não mais se centraliza na figura do “menor”, estando, nesse caso, o Estado e a família em irregularidade. Nesse sentido, é possível inferir que:

De acordo com a sistemática anterior, o menor de idade abandonado, ou vítima de maus-tratos familiar, ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular. Com a regra da prioridade absoluta, estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado que não oferece as políticas sociais básicas, ou ainda as prestações positivas que a Constituição lhe incumbe.¹³⁸

Contudo, os avanços no âmbito normativo ainda não lograram os êxitos almejados. A situação de vulnerabilidade a que está submetida parcela significativa das crianças e adolescentes brasileiros é alarmante. A realidade demonstra que a maioria dos adolescentes que cometem infrações estão vinculados a baixos índices de desenvolvimento humano, o que aponta para um cenário marcado pela desigualdade social e pela ausência de Políticas Públicas devidamente comprometidas com as causas infantojuvenis.

¹³⁸ SPOSATO, 2014, p.50

Conclui-se também que apesar de todos os avanços, ainda não se alcançou um modelo institucional que traduza a nova concepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Assim, as medidas socioeducativas são sociais e educativas no nome, mas verdadeiras penas na prática. Os estabelecimentos de cumprimento de tais medidas são retratos de um modelo opressor que nenhuma preocupação demonstra com o objetivo de ressocialização dos internos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira; MORAES, Bianca Mota de; CONDACK, Cláudia Canto; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; RAMOS, Helane Vieira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BELLO, Roberta Alves. A tutela jurídica do afeto e sua implicação na responsabilidade civil no direito das famílias. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n.117, out. 2013. Disponível em: <<http://www.habitus.ifcs.ufrj.br/pdf/abntnabr6023.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2014.

BOTELHO, Rosana Uihôa. Juízes de Menores, Conservadorismo e Repressão na Década de 1960. **Uniceub**, ano 13, n. 203, 2005. Disponível em: <ser.bce.unb.br/index.php/textos/article/viewFile/6044/5003>. Acesso em 17 de mai. 2015

CAMPOS, Mariza Salomão Vinco de Oliveira. **Estatuto da Criança e do Adolescente: A Proteção Integral e suas implicações político-educacionais**. Araquara, São Paulo: UNESP, 2009. 102 f. Tese de Mestrado em Educação Escolar – Programa de Educação Escolar, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, 2009.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. USP, São Paulo: 2014. Disponível em: < http://buscaintegrada.usp.br/primo_library/.> Acesso em: 4 mar. 2015

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

GARCIA, Daniel Melo. Desenvolvimento histórico da responsabilização criminal do menor infrator. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano 14, n.94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10594>. Acesso em: 22 set. 2014.

ISHIDA, Kenji Válter. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARIANO, Carmem Lúcia Sussel; ROSEMBERG, Fúlvia. A Convenção Internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, p.693-728, set./dez. 2010.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015

MENESES, Elcio Resmini. **O Ministério Público e as medidas socioeducativas:** uma reflexão jurídico-pedagógica. Porto Alegre, RS: UFRS, 2006. 172 f. Tese de Mestrado – Programa Pós-Graduação da Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

NETO, Fábio Marques de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana e as medidas sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Natal, RN: UFRN, 2007. 192 f. Tese de Mestrado – Programa Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

OLIVEIRA, Siro Darlan de; ROMÃO, Luis Fernando. **A História da Criança:** Por seu Conselho de Direitos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PAULA, Liana de. **A Família e as Medidas Socioeducativas:** A inserção da família na socioeducação dos adolescentes autores de ato infracional. São Paulo: USP, 2004. Disponível em: <http://buscaintegrada.usp.br/primeiro_library>. Acesso em 27 mar. 2015

RODRIGUES, Stephania Mendonça. **Os Direitos Humanos da Criança e do Adolescente:** A questão do adolescente autor de ato infracional. 146 f. Tese Mestrado – Programa de Pós Graduação de Direito da UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1999.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos. **18 Anos do ECA:** A Inclusão de Crianças e Adolescentes no Estado de Direitos Brasileiro. Inclusão Social, Brasília, v.2, n.2, p. 152-154, abr/set 2007. Disponível em: <<http://revista.ibct.br>>. Acesso em: 20 mai. 2015

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; NETO, Theodureto de Almeida Camargo (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões.** Vol.2. São Paulo: Saraiva, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes:** Elementos para uma teoria garantista. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Caroline Köhler. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. **Revista da ESMESC**, v. 20, n. 26, 2013. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/76>>. Acesso em: 20 mar. 2015

TOALDO, Adriane Medianeira; RIEDER, Claudia Schmitt; SEVERO, Eliane Celina Goulart Leal. O direito à convivência familiar e a possibilidade jurídica da multa

cominatória. **Direito e História**, Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol 10 nºs 19 e 20, set. 2012

VARJÃO, Suzana; GOMES, Joceline. Adolescentes em conflito com a lei. Série Jornalista Amigo da Criança. **ANDI**, 136 f., 2012. Disponível em: <<http://www.andi.org.br>>. Acesso em 15 mar. 2015

VENTURA, Paulo Roberto Leite. **A criança, o adolescente e a família**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 22 mai. 2015